



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1995 Vol. 2

1^{er} cahier, 1995 Vol. 2

Cited as [1995] 2 S.C.R. 3-185

Renvoi [1995] 2 R.C.S. 3-185

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
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1995.

CONTENTS

British Columbia Securities Commission v. Branch 3

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Right to silence — Securities commission investigation — Company's officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 128(1) of Securities Act — Whether s. 128(1) infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Securities Act, S.B.C. 1985, c. 83, s. 128(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Securities commission investigation — Company's officers ordered to produce documents pursuant to s. 128(1) of Securities Act — Whether s. 128(1) infringes s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Securities Act, S.B.C. 1985, c. 83, s. 128(1).

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

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

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1995.

SOMMAIRE

British Columbia Securities Commission c. Branch 3

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Droit de garder le silence — Enquête par une commission des valeurs mobilières — Dirigeants d'une société enjoins de témoigner sous serment et de produire des documents conformément à l'art. 128(1) de la Securities Act — L'article 128(1) porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Securities Act, S.B.C. 1985, ch. 83, art. 128(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Enquête par une commission des valeurs mobilières — Dirigeants d'une société enjoins de produire des documents conformément à l'art. 128(1) de la Securities Act — L'article 128(1) porte-t-il atteinte à l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Securities Act, S.B.C. 1985, ch. 83, art. 128(1).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy) 97

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to fair trial — Provincial commission of inquiry into mining disaster — Commissioner empowered to compel testimony — Mine managers charged with criminal offences relating to disaster — Whether mine managers charged with criminal offences compellable witnesses at the provincial Inquiry — Whether proceeding with the Inquiry's hearings would breach principles of fundamental justice (s. 7) or right to fair trial (s. 11(d)) of the Charter — If so, whether a temporary stay of the public hearings is a just and appropriate remedy under s. 24(1) of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 13 — Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1989, c. 372, s. 5 — Coal Mines Regulation Act, R.S.N.S. 1989, c. 73, s. 67(e).

R. v. Jobin 78

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Right to silence — Whether accused separately charged with offence, and persons suspected of offence, compellable as witnesses at preliminary inquiries or criminal trials of other accused charged with same offence — Whether compellability in such circumstances violates principles of fundamental justice — Whether s. 5 of Canada Evidence Act constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5.

Criminal law — Procedure — Subpoenas — Third party — Accused separately charged with offence, and persons suspected of offence, subpoenaed to testify at preliminary inquiries of other accused charged with same offence — Accused and suspects claiming that compellability in such circumstances violates principles of fundamental justice — Procedure to be followed by third parties to challenge subpoenas issued by provincial court judge.

Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Correct procedure for third party challenge of provincial court order not followed since unknown at time — Procedure followed by third party substantially similar to correct procedure — Whether Supreme Court has jurisdiction to entertain appeal.

R. v. Primeau..... 60

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Right to silence — Whether accused separately charged with offence compellable as witness at preliminary inquiry of another accused charged with same offence — Whether compellability in such circumstances violates principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Criminal law — Procedure — Subpoenas — Third party — Accused subpoenaed to testify at preliminary inquiry of co-accused separately charged — Accused claiming that compel-

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray) 97

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit à un procès équitable — Commission d'enquête provinciale sur une tragédie minière — Commissaire habilité à contraindre des personnes à témoigner — Directeurs de la mine accusés d'infractions criminelles relativement à la tragédie — Les directeurs de la mine accusés d'infractions criminelles peuvent-ils être contraints à témoigner à l'enquête provinciale? — La tenue des audiences de l'enquête violerait-elle les principes de justice fondamentale (art. 7) ou le droit à un procès équitable (art. 11d) garantis par la Charte? — Dans l'affirmative, la suspension temporaire des audiences publiques est-elle une réparation juste et convenable au sens de l'art. 24(1) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d), 13 — Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1989, ch. 372, art. 5 — Coal Mines Regulation Act, R.S.N.S. 1989, ch. 73, art. 67e).

R. c. Jobin 78

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Droit de garder le silence — Les personnes accusées séparément d'une infraction et les personnes soupçonnées d'une infraction sont-elles des témoins contraignables à l'enquête préliminaire ou au procès criminel d'autres personnes accusées de la même infraction? — La contraignabilité en pareilles circonstances viole-t-elle les principes de justice fondamentale? — L'article 5 de la Loi sur la preuve au Canada est-il constitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5.

Droit criminel — Procédure — Assignations — Tierce partie — Personnes accusées séparément d'une infraction et personnes soupçonnées d'une infraction assignées à témoigner à l'enquête préliminaire d'autres personnes accusées de la même infraction — Prétention des accusés et des suspects que la contraignabilité en pareilles circonstances viole les principes de justice fondamentale — Procédure devant être suivie par des tierces parties pour contester les assignations délivrées par un juge de cour provinciale.

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Procédure applicable à la contestation d'une ordonnance de cour provinciale par une tierce partie non suivie parce qu'inconnue à l'époque — Procédure suivie par la tierce partie essentiellement similaire à celle qui devait être suivie — La Cour suprême a-t-elle compétence pour entendre l'appel?

R. c. Primeau..... 60

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Droit de garder le silence — Une personne accusée séparément d'une infraction est-elle un témoin contraignable à l'enquête préliminaire d'une autre personne accusée de la même infraction? — La contraignabilité

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

lability in such circumstances violates principles of fundamental justice — Procedure to be followed by third party to challenge subpoena issued by provincial court judge.

Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Correct procedure for third party challenge of provincial court order not followed since unknown at time — Procedure followed by third party substantially similar to correct procedure — Whether Supreme Court has jurisdiction to entertain appeal.

SOMMAIRE (Fin)

en pareilles circonstances viole-t-elle les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit criminel — Procédure — Assignations — Tierce partie — Personne accusée assignée à témoigner à l'enquête préliminaire d'un coaccusé inculpé séparément — Prétention de l'accusé que la contraignabilité en pareilles circonstances viole les principes de justice fondamentale — Procédure devant être suivie par une tierce partie pour contester l'assignation délivrée par un juge de cour provinciale.

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Procédure applicable à la contestation d'une ordonnance de cour provinciale par une tierce partie non suivie parce qu'inconnue à l'époque — Procédure suivie par la tierce partie essentiellement similaire à celle qui devait être suivie — La Cour suprême a-t-elle compétence pour entendre l'appel?

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 2, 1995

2^e volume, 1995

**Bruce Douglas Branch and Pal Arthur
Levitt** *Appellants*

v.

**British Columbia Securities
Commission** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for Ontario, the Attorney
General of Quebec, the Attorney General of
Nova Scotia, the Attorney General of
Manitoba, the Attorney General of British
Columbia, the Attorney General for
Saskatchewan and the Attorney General for
Alberta** *Interveners*

**INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA SECURITIES COMMISSION
v. BRANCH**

File No.: 22978.

1994: February 28 and March 1; 1995: April 13.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

*Constitutional law — Charter of Rights — Funda-
mental justice — Self-incrimination — Right to silence
— Securities commission investigation — Company's
officers ordered to testify under oath and to produce
documents pursuant to s. 128(1) of Securities Act —
Whether s. 128(1) infringes s. 7 of Canadian Charter of
Rights and Freedoms — Securities Act, S.B.C. 1985, c.
83, s. 128(1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Unreason-
able search and seizure — Securities commission inves-
tigation — Company's officers ordered to produce docu-
ments pursuant to s. 128(1) of Securities Act — Whether
s. 128(1) infringes s. 8 of Canadian Charter of Rights
and Freedoms — Securities Act, S.B.C. 1985, c. 83,
s. 128(1).*

**Bruce Douglas Branch et Pal Arthur
Levitt** *Appelants*

c.

**British Columbia Securities
Commission** *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada, le
procureur général de l'Ontario, le
procureur général du Québec, le procureur
général de la Nouvelle-Écosse, le procureur
général du Manitoba, le procureur général
de la Colombie-Britannique, le procureur
général de la Saskatchewan et le procureur
général de l'Alberta** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ: BRITISH COLUMBIA SECURITIES COMMISSION
c. BRANCH**

N^o du greffe: 22978.

1994: 28 février et 1^{er} mars; 1995: 13 avril.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-
BRITANNIQUE**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice
fondamentale — Auto-incrimination — Droit de garder
le silence — Enquête par une commission des valeurs
mobilières — Dirigeants d'une société enjoins de
témoigner sous serment et de produire des documents
conformément à l'art. 128(1) de la Securities Act —
L'article 128(1) porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la Charte
canadienne des droits et libertés? — Securities Act,
S.B.C. 1985, ch. 83, art. 128(1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles,
perquisitions et saisies abusives — Enquête par une
commission des valeurs mobilières — Dirigeants d'une
société enjoins de produire des documents conformé-
ment à l'art. 128(1) de la Securities Act — L'article
128(1) porte-t-il atteinte à l'art. 8 de la Charte cana-
dienne des droits et libertés? — Securities Act, S.B.C.
1985, ch. 83, art. 128(1).*

The British Columbia Securities Commission commenced an investigation into a company following a report by the company's auditors disclosing questionable expenditures. The appellants, two of the officers of the company, were served with summonses compelling their attendance for examination under oath and requiring them to produce all information and records in their possession relating to the company. The summonses were issued pursuant to s. 128(1) of the province's *Securities Act*. When the appellants failed to appear, the Commission petitioned the British Columbia Supreme Court for an order committing the appellants in contempt. In response, they applied for a declaration to the effect that s. 128(1) violates ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The application was dismissed. The superior court judge rejected the appellants' claims in respect of privilege against self-incrimination and of a right to remain silent under s. 7. He also concluded that the seizure authorized by s. 128(1)(c) of the *Securities Act* is not "unreasonable" within the meaning of s. 8. The appellants were ordered to comply with the summonses, or, in default, to show cause or be held in contempt. An appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed.

Held: The appeal should be dismissed.

(1) *Section 7*

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: In *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, it was decided that the principle against self-incrimination, one of the principles of fundamental justice protected by s. 7 of the *Charter*, requires that persons compelled to testify be provided with subsequent "derivative use immunity" in addition to the "use immunity" guaranteed by s. 13 of the *Charter*. The accused has the evidentiary burden of showing a plausible connection between the compelled testimony and the evidence sought to be adduced. Once this is established, in order to have the evidence admitted the Crown will have to satisfy the court on a balance of probabilities that the authorities would have discovered the impugned derivative evidence absent the compelled testimony. In order to trigger the derivative use immunity, the witness may only claim such protection in a subsequent proceeding where he is an accused subject to penal sanctions or in any proceeding which engages s. 7.

La British Columbia Securities Commission a ouvert une enquête sur une société à la suite d'un rapport des vérificateurs de cette dernière faisant état de dépenses discutables. Les appelants, deux dirigeants de la société, se sont vu signifier des assignations les enjoignant de comparaître pour subir un interrogatoire sous serment, et de produire tous les renseignements et dossiers qui étaient en leur possession et qui concernaient la société en cause. Ces assignations ont été délivrées conformément au par. 128(1) de la *Securities Act* de la province. À la suite de l'omission des appelants de comparaître, la Commission a, par voie de requête, demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de rendre une ordonnance condamnant les appelants pour outrage. Ces derniers ont réagi en demandant un jugement déclarant que le par. 128(1) violait les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette demande a été rejetée. Le juge de cour supérieure a rejeté les revendications des appelants relatives au privilège de ne pas s'incriminer et à un droit de garder le silence en vertu de l'art. 7. Il a aussi conclu que la saisie autorisée par l'al. 128(1)(c) de la *Securities Act* n'est pas «abusive» au sens de l'art. 8. Les appelants se sont vu ordonner de se conformer aux assignations ou, à défaut, d'exposer les raisons de leur refus, sinon ils seraient déclarés coupables d'outrage. Un appel interjeté devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été rejeté.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

(1) *L'article 7*

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Dans l'arrêt *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, on a statué que le principe interdisant l'auto-incrimination, l'un des principes de justice fondamentale garanti par l'art. 7 de la *Charte*, exige que les personnes contraintes à témoigner bénéficient d'une «immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée», qui vient s'ajouter à «l'immunité contre l'utilisation de la preuve» reconnue à l'art. 13 de la *Charte*. L'accusé a la charge de démontrer l'existence plausible d'un lien entre le témoignage forcé et les éléments de preuve que l'on cherche à présenter. Une fois cela établi, le ministère public devra, pour que ces éléments de preuve soient admis, convaincre le tribunal, selon la prépondérance des probabilités, que les autorités auraient, en l'absence du témoignage forcé, découvert la preuve dérivée que l'on conteste. Pour que l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée s'applique, le témoin ne peut revendiquer cette protection que dans des procédures ultérieures où il est un accusé passible de sanctions pénales ou dans toutes procédures qui déclenchent l'application de l'art. 7.

In *S. (R.J.)*, it was also decided that courts could, in certain circumstances, grant exemptions from compulsion to testify. The crucial question is whether the predominant purpose for seeking the evidence is to obtain incriminating evidence against the person compelled to testify or rather some legitimate public purpose. To qualify as a valid public purpose, compelled testimony in a criminal prosecution or prosecution under a provincial statute must be for the purpose of obtaining evidence in furtherance of that prosecution. It would be rare indeed that the evidence sought cannot be shown to have some relevance other than to incriminate the witness. If it is established that the predominant purpose is not to obtain the relevant evidence for the purpose of the proceeding, but rather to incriminate the witness, the party seeking to compel the witness must justify the potential prejudice to the right of the witness against self-incrimination. If it is shown that the only potential prejudice is the possible subsequent derivative use of the testimony, then the compulsion to testify will occasion no prejudice for that witness since he will be protected against such use. If the witness can show any other significant prejudice that may arise from the testimony such that his right to a fair trial will be jeopardized, then the witness should not be compellable. The purpose of calling a particular witness will not be readily apparent and such purpose must be inferred in many cases from the overall effect of the evidence proposed to be called. If the overall effect is that it is of slight importance to the proceeding in which it is compelled but of great importance in a subsequent proceeding against the witness in which the witness is incriminated, then an inference may be drawn as to the real purpose of the compelled evidence. The issue of compellability may arise at the time when the witness is called to testify (subpoena stage) and at a subsequent penal proceeding against the witness (trial stage). The burden of proof with respect to the predominant purpose of the compelled testimony will be on the witness who asserts that it is not sought for a legitimate purpose. If this is established, the witness should not be compelled unless the party seeking to compel the witness justifies the compulsion.

The liberty interest under s. 7 of the *Charter* is engaged at the point of testimonial compulsion. Once it is engaged, the question is whether there has been a deprivation of this interest in accordance with the principles

Dans l'arrêt *S. (R.J.)*, on a également statué que les tribunaux pouvaient, dans certaines circonstances, exempter une personne de l'obligation de témoigner. La question cruciale est de savoir si la demande de témoignage a pour objet prédominant d'obtenir des éléments de preuve incriminants contre la personne contrainte à témoigner, ou si elle vise plutôt la réalisation d'une fin publique légitime. Pour répondre à une fin publique valide, le témoignage forcé, au cours de poursuites criminelles ou de poursuites intentées en vertu d'une loi provinciale, doit viser à obtenir une preuve utile à ces poursuites. Il est vraiment rare qu'il soit impossible d'établir que le témoignage recherché est pertinent à d'autres fins que d'incriminer le témoin. S'il est établi que l'objet prédominant est non pas l'obtention d'éléments de preuve pertinents aux fins des poursuites en cause, mais plutôt l'incrimination du témoin, la partie qui cherche à contraindre la personne à témoigner doit justifier le préjudice qui risque d'être causé au droit du témoin de ne pas s'incriminer. S'il est établi que le seul préjudice qui risque d'être causé est la possibilité que les éléments de preuve dérivée, obtenus grâce au témoignage, soient utilisés ultérieurement, alors la contrainte à témoigner ne causera aucun préjudice au témoin en question étant donné qu'il sera protégé contre une telle utilisation. Le témoin qui peut établir que son témoignage risque de causer un autre préjudice important susceptible de compromettre son droit à un procès équitable ne devrait pas être contraignable. Le but poursuivi en assignant une personne particulière à témoigner ne sera pas si évident et, dans bien des cas, il doit s'inférer de l'effet global du témoignage que l'on se propose de recueillir. Si, de par son effet global, le témoignage a peu d'importance aux fins des poursuites au cours desquelles la personne est contrainte à témoigner, mais revêt une grande importance dans des procédures ultérieures engagées contre le témoin qui est alors incriminé, une déduction peut alors être faite quant à l'objet réel du témoignage forcé. La question de la contraignabilité peut se présenter au moment où la personne est assignée à témoigner (l'étape de l'assignation) et au cours de poursuites pénales ultérieures intentées contre le témoin (l'étape du procès). C'est le témoin qui soutient que le témoignage forcé ne vise pas une fin légitime qui doit faire la preuve de l'objet prédominant de ce témoignage forcé. S'il fait cette preuve, le témoin ne devrait pas être contraint, sauf si la partie qui veut le contraindre justifie cette contrainte.

Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* s'applique au moment où est exercée la contrainte à témoigner. Dès qu'il s'applique, il s'agit alors de déterminer s'il y a eu privation de ce droit qui soit conforme

of fundamental justice. Here, s. 128(1) of the *Securities Act* does not violate s. 7. The purpose of the Act, which is to protect our economy and the public from unscrupulous trading practices, justifies inquiries of limited scope. An inquiry such as the one at hand legitimately compels testimony as the Act is concerned with the furtherance of a goal which is of substantial public importance — namely, obtaining evidence to regulate the securities industry. The inquiry is of the type permitted by our law as it serves an obvious social utility. The predominant purpose of the Commission's inquiry in this case is to obtain the relevant evidence for the purpose of the instant proceedings, and not to incriminate the appellants, and there is nothing in the record at this stage to suggest otherwise. The proposed testimony thus falls to be governed by the general rule applicable under the *Charter*, pursuant to which a witness is compelled to testify, yet receives evidentiary immunity in return. The appellants are also entitled to claim the protection of subsequent derivative use immunity. This is a protection that is afforded to witnesses notwithstanding that the source of their evidence may derive from corporate activity.

Documentary compulsion may also entail jeopardy in so far as it engages the appellants' liberty interest under s. 7. The appellants, as representatives of the corporation, may receive the benefit of that protection in so far as they are personally implicated by their own evidence. At the stage of compellability, like the oral testimony, the documents are compellable subject to a possible claim against their subsequent use under the "but for" test. That test is not applicable to determining their compellability. The documents are properly compellable unless they are excluded on the basis of the principles applicable to testimonial compulsion. The rationale both at common law and under s. 7 for these principles is that in certain circumstances compellability would impinge on the right to silence. This right, however, attaches to communications that are brought into existence by the exercise of compulsion by the state and not to documents that contain communications made before such compulsion and independently thereof. If, as in this case, the person subpoenaed is compelled to testify, then all communications including those arising from the production of documents will be compelled. If not compelled, the communications arising from production of documents would also not be admissible. The communicative aspects of the production of documents may, however, be of significance at the derivative evidence

aux principes de justice fondamentale. En l'espèce, le par. 128(1) de la *Securities Act* ne viole pas l'art. 7. L'objet de la Loi, qui est de protéger notre économie et le public contre les pratiques commerciales malhonnêtes, justifie la tenue d'enquêtes d'une portée restreinte. Une enquête du genre de celle dont il est question en l'espèce contraint légitimement une personne à témoigner puisque la Loi vise la réalisation d'un objectif d'une grande importance pour le public, à savoir, recueillir des témoignages pour réglementer le secteur des valeurs mobilières. L'enquête est du genre autorisé par notre droit puisqu'elle a une utilité sociale évidente. En l'espèce, l'enquête de la Commission a pour objet prédominant de recueillir le témoignage pertinent aux fins des présentes procédures et non dans le but d'incriminer les appelants, et à ce stade, il n'y a rien dans le dossier qui porte à croire autre chose. En conséquence, le témoignage proposé se trouve régi par la règle générale applicable en vertu de la *Charte*, selon laquelle un témoin est contraint à témoigner et bénéficie en retour d'une immunité relative à la preuve. Les appelants ont également le droit de réclamer l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. Il s'agit là d'une protection accordée aux témoins même s'il se peut que leur témoignage tire sa source des activités d'une personne morale.

La contrainte à produire des documents peut aussi comporter un danger dans la mesure où elle met en cause le droit à la liberté garanti aux appelants par l'art. 7. Les appelants, en tant que représentants de la société en cause, peuvent bénéficier de cette protection dans la mesure où ils sont personnellement compromis par leur propre témoignage. Lorsqu'il y a contraignabilité, la production des documents, à l'instar du témoignage oral, peut être forcée sous réserve d'un recours possible contre leur utilisation ultérieure en vertu du critère du «n'eût été». Ce critère ne saurait s'appliquer pour déterminer si on peut en contraindre la production. On peut contraindre régulièrement la production des documents, sauf s'ils sont écartés en application des principes applicables à la contrainte à témoigner. La raison d'être de ces principes, tant en common law qu'en vertu de l'art. 7, est que, dans certains cas, la contraignabilité empiéterait sur le droit de garder le silence. Cependant, ce droit se rattache aux communications faites par suite de la contrainte exercée par l'État, mais non aux documents qui renferment des communications faites avant cette contrainte et de façon indépendante de celle-ci. Si, comme en l'espèce, la personne assignée est contrainte à témoigner, alors elle sera contrainte relativement à toutes les communications, y compris celles liées à la production de documents. Si elle ne l'est pas, les com-

stage at which the witness seeks to exclude all evidence which would not have been obtained but for the compelled testimony.

Per Gonthier J.: The reasons of Sopinka and Iacobucci JJ., and the additional comments of L'Heureux-Dubé J. relating to evidence in a regulatory context, were agreed with.

Per L'Heureux-Dubé J.: As expressed in the concurring reasons given in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, the possibility of imprisonment flowing from a failure to testify is sufficient to trigger s. 7 protection at the subpoena stage. Where the witness can demonstrate at that stage that, under the circumstances, it would be fundamentally unfair to require that he testify, then the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* require that he not be compellable. Where, however, there is no possibility that the individual may be deprived of liberty at the subsequent proceeding, he cannot claim that it would be fundamentally unfair to compel his testimony. As a corollary, the less proximate the possibility of a deprivation of liberty in the subsequent proceeding, the less likely it is that the fact of testimonial compulsion will, itself, be fundamentally unfair. A subpoena will only be quashed at the subpoena stage in the clearest of cases.

It is generally a satisfactory proxy for the existence of fundamentally unfair conduct on the part of the Crown, in violation of s. 7, to inquire into whether the predominant purpose for seeking the evidence is to obtain incriminating evidence against the witness, rather than to further some legitimate public purpose. The regulatory context of the present appeal, however, requires that this test be applied with somewhat greater deference than might otherwise be the case. Conduct which may be fundamentally unfair in a traditional criminal context may not be so in the context of administrative proceedings in a highly complex and tightly regulated field, such as the securities industry. Activity in that industry is of immense economic value to society generally and, in order to safeguard the public welfare and trust, securities market participants, who are engaged in this licensed activity of their own volition, must conform with the extensive requirements set out by the provincial securities commissions and should expect to be questioned occasionally by regulators as to their market activities. Further, in view of the complex nature of the

munications liées à la production de documents ne seront pas admissibles non plus. Les aspects de communication que comporte la production de documents peuvent cependant être importants à l'étape de l'examen de la preuve dérivée au cours de laquelle le témoin cherche à faire écarter tous les éléments de preuve qui n'auraient pas été obtenus n'eût été le témoignage forcé.

Le juge Gonthier: Les motifs des juges Sopinka et Iacobucci ainsi que les commentaires additionnels du juge L'Heureux-Dubé, concernant la preuve dans un contexte de réglementation, sont acceptés.

Le juge L'Heureux-Dubé: Tel qu'exprimé dans les motifs concordants rédigés dans l'arrêt *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, le risque d'emprisonnement découlant de l'omission de témoigner suffit à déclencher l'application de la garantie de l'art. 7 de la *Charte* à l'étape du subpoena. Si le témoin peut, à cette étape, démontrer qu'il serait, en l'occurrence, fondamentalement inéquitable de l'obliger à témoigner, alors, selon les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7, il ne doit pas être contraint de le faire. S'il n'y a aucun risque que la personne subisse une atteinte à sa liberté au cours des procédures subséquentes, elle ne peut soutenir qu'il serait fondamentalement inéquitable de la contraindre à témoigner. Comme corollaire, moins le risque d'atteinte à la liberté dans les procédures subséquentes est immédiat, moins il est probable que la contrainte à témoigner sera fondamentalement inéquitable en soi. Ce n'est que dans les cas les plus manifestes qu'il y aura annulation du subpoena à l'étape du subpoena.

Un moyen satisfaisant d'établir que le ministère public s'est conduit d'une façon fondamentalement inéquitable, en violation de l'art. 7, consiste habituellement à vérifier si la demande de témoignage a pour objet prédominant d'obtenir des éléments de preuve incriminants contre le témoin, ou si elle vise plutôt la réalisation d'une fin publique légitime. Cependant, le contexte de réglementation du présent pourvoi exige que ce critère soit appliqué avec davantage de retenue qu'il le serait dans un autre contexte. Il se peut qu'une conduite qui peut être fondamentalement inéquitable dans le contexte criminel traditionnel ne le soit pas dans le contexte de procédures administratives dans un domaine fort complexe et réglementé comme le secteur des valeurs mobilières. L'activité dans ce secteur a une valeur économique considérable pour l'ensemble de la société et, dans le but d'assurer le bien-être et la confiance du public, les participants au marché des valeurs mobilières, qui s'adonnent de leur propre gré à cette activité requérant un permis, doivent respecter le vaste ensemble de règlements et d'exigences établis par les commis-

securities industry, the investigatory powers in s. 128(1) are the primary vehicle, and often the only tool, for the effective investigation and deterrence of trading practices contrary to the public interest. Finally, consideration must be given to the other *Charter* rights at stake. It would be ironic to conclude that a proceeding involving testimonial compulsion is contrary to the principles of fundamental justice if the only equally effective alternative, reasonably available to the state to pursue a pressing and substantial objective, would constitute a far more dramatic intrusion into individual rights. Here, notwithstanding that one of the primary purposes of an investigation under s. 128(1) is to engage in a form of civil discovery of the witness as well as of the company to illuminate or investigate irregularities, the appellants have not demonstrated that, in the present context and under the circumstances, it would violate their s. 7 rights to be compelled to testify at the Commission's inquiry. Courts must differentiate between unlicensed fishing expeditions that are intended to unearth and prosecute criminal conduct, and actions undertaken by a regulatory agency, legitimately within its powers and jurisdiction and in furtherance of important public purposes that cannot realistically be achieved in a less intrusive manner. Whereas the former may run afoul of s. 7, the latter do not.

A person compelled to testify in a s. 128 inquiry shall enjoy, under s. 13 of the *Charter*, full testimonial immunity in any subsequent proceedings undertaken by the state. Even if the "but for" standard is an appropriate level of s. 7 protection in a purely criminal context, it may not be equally suited for use in predominantly regulatory contexts. Many of the interests underlying the principle against self-incrimination are simply not engaged as dramatically in situations in which an individual voluntarily participates, for his own profit, in a licensed activity, the effective regulation of which is essential to pressing and substantial societal interests. The existence of derivative evidence immunity could significantly undermine the Commission's ability to administer and enforce securities regulations effectively. Without the benefit of a closer examination of the specific contexts in which imprisonment may arise as a

sions provinciales des valeurs mobilières et devraient s'attendre à être interrogés à l'occasion par un organisme de réglementation relativement à leurs activités sur le marché. En outre, compte tenu de la nature complexe du secteur des valeurs mobilières, les pouvoirs d'enquête visés au par. 128(1) constituent le principal moyen efficace, et souvent le seul, d'enquêter et d'avoir un effet de dissuasion sur les opérations sur valeurs mobilières contraires à l'intérêt public. Enfin, il faut tenir compte des autres droits garantis par la *Charte* qui sont en jeu. Il serait ironique de conclure qu'une procédure touchant la contrainte à témoigner est contraire aux principes de justice fondamentale si la seule autre solution tout aussi efficace, à laquelle l'État pourrait raisonnablement recourir dans la poursuite d'un objectif réel et urgent, constituerait une atteinte beaucoup plus spectaculaire aux droits de particuliers. En l'espèce, nonobstant le fait que l'un des principaux objectifs d'une enquête fondée sur le par. 128(1) soit de procéder à une forme d'interrogatoire civil préalable du témoin et de la société dans le but d'obtenir des éclaircissements ou d'enquêter sur des irrégularités, les appellants n'ont pas démontré que, dans le présent contexte et les présentes circonstances, il serait contraire aux droits qui leur sont garantis par l'art. 7 de les contraindre à témoigner à l'enquête de la Commission. Les tribunaux doivent différencier les expéditions de pêche non autorisées, qui visent à découvrir une conduite criminelle et à tenter des poursuites y reliées, des mesures que prend un organisme de réglementation, à l'intérieur de sa sphère de compétence légitime, dans le but de réaliser d'importants objectifs d'intérêt public qui ne peuvent, de façon réaliste, l'être d'une manière moins envahissante. Alors que, dans le premier cas, il risque d'y avoir violation de l'art. 7, dans le second, ce risque n'existe pas.

Une personne contrainte à témoigner à une enquête fondée sur l'art. 128 doit, en vertu de l'art. 13 de la *Charte*, jouir d'une immunité testimoniale complète dans toutes procédures subséquentes engagées par l'État. Même si le critère du «n'eût été» offre une protection appropriée, en vertu de l'art. 7, dans un contexte purement criminel, il se peut qu'il ne convienne pas également aux contextes surtout de nature réglementaire. Nombre d'intérêts sous-jacents au principe interdisant l'auto-incrimination n'entrent tout simplement pas en jeu de façon aussi spectaculaire dans les cas où une personne participe de son propre gré et pour son propre profit, à une activité assujettie à l'obtention de permis, dont la réglementation efficace est essentielle aux intérêts réels et urgents de la société. L'existence d'une immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée pourrait miner sensiblement la capacité de la Commission

possible eventual consequence under the *Securities Act*, it is inappropriate for this Court, at the subpoena stage, to define the exact parameters of appropriate derivative evidence immunity to come into effect at the trial stage. Although Sopinka and Iacobucci JJ. recognize some derivative evidence immunity at the trial stage, their reasons are taken to leave open the possibility that this protection may vary according to context.

As a practical matter, particularly in the regulatory context, authorities often seek a substantial fine rather than imprisonment upon conviction, notwithstanding that the legislation provides for the possibility of imprisonment. In such cases, agreement between all parties and the trial judge at the outset of the trial proceedings that imprisonment will not be sought as a sanction upon conviction will negate the need for a s. 7-based derivative evidence immunity, since the individual accused will not face the possibility of a deprivation of liberty.

The compulsion to produce pre-existing documents in s. 128(1)(c) does not violate s. 7 if it is found that the person subpoenaed is compellable to testify. The compelled production of pre-existing documents does not engage self-incriminatory concerns since they have not been generated subject to state compulsion. There is thus nothing fundamentally unfair in requiring the production of such documents and in the possibility that they may subsequently be relied upon by the state in a proceeding against the individual who has been compelled to produce them. The “but for” standard does not apply at the trial stage to pre-existing documents.

(2) Section 8

Section 128(1) of the *Securities Act* does not violate s. 8 of the *Charter*. The Act is essentially regulatory legislation designed to protect the public, including the investors, and discourage detrimental forms of commercial behaviour. Persons involved in the securities market, a highly regulated industry, do not have a high expectation of privacy with respect to regulatory needs that have been generally expressed in securities legislation. They know or are deemed to know the rules of the game. The effective implementation of securities legislation, which has obvious implications for the nation's

d'administrer efficacement la réglementation sur les valeurs mobilières et de la faire respecter. Sans avoir eu le bénéfice d'une étude plus poussée des contextes spécifiques dans lesquels l'emprisonnement peut représenter une conséquence éventuelle en vertu de la *Securities Act*, il ne convient pas que notre Cour définitive, à l'étape du subpoena, les paramètres exacts de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée applicable à l'étape du procès. Bien que les juges Sopinka et Iacobucci reconnaissent une certaine immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée à l'étape du procès, leurs motifs sont interprétés comme laissant ouverte la possibilité que cette protection varie dépendant du contexte.

En pratique, particulièrement dans le contexte de la réglementation, les autorités réclament souvent, en cas de déclaration de culpabilité, l'imposition d'une amende considérable plutôt que l'emprisonnement, même si la loi en cause prévoit la possibilité d'un emprisonnement. En pareils cas, si toutes les parties et le juge du procès conviennent, au début du procès, qu'on ne réclamera pas une peine d'emprisonnement en cas de déclaration de culpabilité, il ne sera plus nécessaire d'offrir l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée en vertu de l'art. 7, puisqu'il n'y aura plus aucun risque de privation de liberté pour l'accusé.

La contrainte à produire des documents préexistants, prévue à l'al. 128(1)c), ne contrevient pas à l'art. 7 si on décide que le témoin assigné est contraignable. La production forcée de documents préexistants ne soulève aucune crainte d'auto-incrimination étant donné qu'ils n'ont pas été constitués sous la contrainte de l'État. Il n'y a donc rien de fondamentalement inéquitable dans le fait d'exiger la production de ces dossiers et dans le risque que ceux-ci soient subséquentement invoqués par l'État dans des procédures engagées contre la personne qui a été contrainte à les produire. Le critère du «n'eût été» ne s'applique pas, à l'étape du procès, aux documents préexistants.

(2) L'article 8

Le paragraphe 128(1) de la *Securities Act* ne porte pas atteinte à l'art. 8 de la *Charte*. La Loi est essentiellement un régime de réglementation destiné à protéger le public, y compris les investisseurs, et à décourager les formes préjudiciables de comportement commercial. Les participants au marché des valeurs mobilières, qui est un secteur fortement réglementé, n'ont pas des attentes élevées en matière de vie privée relativement au besoin de réglementation généralement exprimé dans les lois sur les valeurs mobilières. Ils connaissent ou sont réputés connaître les règles du jeu. L'efficacité de la

material prosperity, depends on the willingness of those who choose to engage in the securities trade to comply with the defined standards of conduct. The provisions of the Act are pragmatic sanctions designed to induce such compliance. The Act thus serves an important social purpose and the social utility of such legislation justifies the minimal intrusion that the appellants may face. The demand for the production of documents contained in the summonses is one of the least intrusive of the possible methods which might be employed to obtain documentary evidence. Moreover, documents produced in the course of a business which is regulated have a lesser privacy right attaching to them than do documents that are, strictly speaking, personal. Those who are ordered under s. 128(1) "to produce records and things" can claim only a limited expectation of privacy in respect of business records. Section 128(1) does not unreasonably infringe on this limited expectation of privacy. The *Hunter* criteria were not appropriate in the present context to determine the applicable standard of reasonableness.

Cases Cited

By Sopinka and Iacobucci JJ.

Applied: *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; **distinguished:** *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; **considered:** *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; **referred to:** *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Re Robinson and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 489; *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation & Research* (1985), 25 D.L.R. (4th) 202; *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724; *Bishop v. College of Physicians & Surgeons of British Columbia* (1985), 22 D.L.R. (4th) 185; *College of Physicians & Surgeons of British Columbia v. Bishop* (1989), 56 D.L.R. (4th) 164; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Gregory & Co. v. Quebec Securities Commission*, [1961] S.C.R. 584; *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263; *R. v. Primeau*, [1995] 2 S.C.R. 60; *R. v. Jobin*, [1995] 2

mise en œuvre des lois en matière de valeurs mobilières, qui a des répercussions évidentes sur la prospérité matérielle de la nation, dépend de la volonté qu'ont les gens qui choisissent d'effectuer des opérations sur ce marché de respecter les normes de conduite établies. Les dispositions de la Loi sont des sanctions pragmatiques destinées à encourager ce respect. La Loi sert donc une fin sociale importante et l'utilité sociale d'une telle mesure législative justifie l'atteinte minimale dont peuvent être victimes les appelants. La demande de production de documents contenue dans les assignations est l'une des méthodes les moins envahissantes auxquelles on puisse recourir pour obtenir une preuve documentaire. De plus, les documents constitués dans le cadre d'une entreprise réglementée sont assortis d'un droit à la vie privée moindre que les documents qui sont strictement personnels. Les personnes qui se voient ordonner, en vertu du par. 128(1), de «produire des dossiers et des objets» ne peuvent faire valoir que des attentes restreintes en matière de vie privée relativement aux dossiers d'entreprise. Le paragraphe 128(1) n'empiète pas de façon abusive sur ces attentes limitées en matière de vie privée. Les critères formulés dans l'arrêt *Hunter* ne sont pas appropriés, dans le présent contexte, pour déterminer la norme du caractère raisonnable applicable.

Jurisprudence

Citée par les juges Sopinka et Iacobucci

Arrêt appliqué: *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; **distinction d'avec l'arrêt:** *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; **arrêts examinés:** *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; **arrêts mentionnés:** *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Re Robinson and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 489; *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation & Research* (1985), 25 D.L.R. (4th) 202; *Haywood Securities Inc. c. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724; *Bishop c. College of Physicians & Surgeons of British Columbia* (1985), 22 D.L.R. (4th) 185; *College of Physicians & Surgeons of British Columbia c. Bishop* (1989), 56 D.L.R. (4th) 164; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Gregory & Co. c. Quebec Securities Commission*, [1961] R.C.S. 584; *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263; *R. c. Pri-*

S.C.R. 78; *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366; *R. v. Container Materials Ltd.*, [1940] 4 D.L.R. 293; *R. v. Famous Players*, [1932] O.R. 307; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *Ventouris v. Mountain*, [1991] 3 All E.R. 472; *R. v. Wurm* (1979), 24 A.R. 380; *Dubai Bank Ltd. v. Galadari*, [1989] 3 All E.R. 769.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Director of Serious Fraud Office, Ex parte Smith*, [1993] A.C. 1; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Ellis-Don Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 840; *Roper v. Royal Victoria Hospital*, [1975] 2 S.C.R. 62; *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181; *Ontario Securities Commission v. Biscotti* (1988), 40 B.L.R. 160; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5(2).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 9, 10, 13, 15(1).
Securities Act, S.B.C. 1985, c. 83, ss. 126(1) [rep. & sub. 1988, c. 58, s. 16], 127, 128(1), (3), 144(1) [am. *idem*, s. 21], (2).

Authors Cited

Reid, Alan D., and Alison Harvison Young. "Administrative Search and Seizure Under the Charter" (1985), 10 *Queen's L.J.* 392.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1992), 63 B.C.L.R. (2d) 331, 88 D.L.R. (4th) 381, [1992] 3 W.W.R. 165, dismissing the appellants' appeal from a judgment of Wood J. (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 286, 68 D.L.R. (4th) 347, allowing the respondent's application for an order that the appellants be committed for contempt for failure to attend in answer to sum-

meau, [1995] 2 R.C.S. 60; *R. c. Jobin*, [1995] 2 R.C.S. 78; *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366; *R. c. Container Materials Ltd.*, [1940] 4 D.L.R. 293; *R. c. Famous Players*, [1932] O.R. 307; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *Ventouris c. Mountain*, [1991] 3 All E.R. 472; *R. c. Wurm* (1979), 24 A.R. 380; *Dubai Bank Ltd. c. Galadari*, [1989] 3 All E.R. 769.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *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. Director of Serious Fraud Office, Ex parte Smith*, [1993] A.C. 1; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Ellis-Don Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 840; *Roper c. Royal Victoria Hospital*, [1975] 2 R.C.S. 62; *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; *Ontario Securities Commission c. Biscotti* (1988), 40 B.L.R. 160; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 9, 10, 13, 15(1).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5(2).
Securities Act, S.B.C. 1985, ch. 83, art. 126(1) [abr. & rempl. 1988, ch. 58, art. 16], 127, 128(1), (3), 144(1) [mod. *idem*, art. 21], (2).

Doctrine citée

Reid, Alan D., and Alison Harvison Young. «Administrative Search and Seizure Under the Charter» (1985), 10 *Queen's L.J.* 392.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1992), 63 B.C.L.R. (2d) 331, 88 D.L.R. (4th) 381, [1992] 3 W.W.R. 165, qui a rejeté l'appel des appelants contre un jugement du juge Wood (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 286, 68 D.L.R. (4th) 347, qui avait accueilli la demande de l'intimée visant à obtenir une ordonnance condamnant les appelants pour outrage pour avoir omis d'obtempérer à des assignations à comparaître délivrées en vertu de l'art. 128 de la *Securi-*

mons issued under s. 128 of the British Columbia *Securities Act*. Appeal dismissed.

Alastair Rees-Thomas, for the appellants.

Mark L. Skwarok, for the respondent.

Michael R. Dambrot, Q.C., and *John S. Tyhurst*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Leah Price and *Michel Hélie*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jacques Gauvin and *Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Louise Walsh Poirier, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Marva J. Smith, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

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

Graeme G. Mitchell, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

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

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

ties Act de la Colombie-Britannique. Pourvoi rejeté.

Alastair Rees-Thomas, pour les appelants.

Mark L. Skwarok, pour l'intimé.

Michael R. Dambrot, c.r., et *John S. Tyhurst*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Leah Price et *Michel Hélie*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jacques Gauvin et *Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Louise Walsh Poirier, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Marva J. Smith, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

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

Graeme G. Mitchell, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

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

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

¹ SOPINKA AND IACOBUCCI JJ. — This appeal raises issues also dealt with in three other appeals heard at the same time: *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, *R. v. Primeau*, [1995] 2 S.C.R. 60, and *R. v. Jobin*, [1995] 2 S.C.R. 78. In particular, it asks whether individuals who might subsequently be charged with a criminal or quasi-criminal offence can be compelled to give evidence and produce documents. However, unlike those other appeals, this appeal asks questions about compellability outside of the criminal justice system. In that respect, the importance of this context and consequential issues regarding search and seizure are the focus of this appeal. Before turning to the

LES JUGES SOPINKA ET IACOBUCCI — La présente affaire soulève des questions également examinées dans trois autres pourvois entendus en même temps: *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, *R. c. Primeau*, [1995] 2 R.C.S. 60, et *R. c. Jobin*, [1995] 2 R.C.S. 78. Il s'agit plus particulièrement de déterminer si une personne susceptible d'être ultérieurement accusée d'avoir commis une infraction criminelle ou quasi criminelle peut être contrainte à témoigner et à produire des documents. Cependant, à la différence de ces autres pourvois, on s'interroge ici sur la contraignabilité d'une personne en dehors du système de justice criminelle. À cet égard, le présent pourvoi est axé sur l'import-

facts of this appeal, however, we wish to consider the Court's decision in *S. (R.J.)*.

In *S. (R.J.)*, a majority of this Court held that the principle against self-incrimination, one of the principles of fundamental justice protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, requires that persons compelled to testify be provided with subsequent "derivative use immunity" in addition to the "use immunity" guaranteed by s. 13 of the *Charter*. In addition, a majority of the members of the Court (albeit a different majority) were of the view that courts could, in certain circumstances, grant exemptions from compulsion to testify.

This appeal presents the opportunity to build on the consensus reflected in *S. (R.J.)*, and achieve greater clarity and guidance on the rules to be applied in this area. Specifically, we offer additional comments on derivative use immunity and the circumstances relating to exemptions from compulsion to testify.

With respect to derivative use immunity, it should be remembered that what was discussed by Iacobucci J. on the subject was intended to be comments of general application only and that further refinement will have to await development that can only take place through the consideration of cases as they arise.

At pages 565-66 of *S. (R.J.)*, Iacobucci J. discussed the burden of proof on the accused regarding derivative use immunity. He stated that the general *Charter* rule would operate, namely, the party claiming a *Charter* breach must establish it on a balance of probabilities. Iacobucci J. went on to state that as a practical matter the Crown will likely bear the burden of responding because it is the Crown which can be expected to know how evidence was, or would have been, obtained. This

tance de ce contexte et de questions qui s'ensuivent en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies. Avant de passer aux faits de la présente affaire, nous tenons, cependant, à examiner l'arrêt *S. (R.J.)* de notre Cour.

Dans l'arrêt *S. (R.J.)*, notre Cour, à la majorité, a statué que le principe interdisant l'auto-incrimination, l'un des principes de justice fondamentale garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, exige que les personnes contraintes à témoigner bénéficient d'une «immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée», qui vient s'ajouter à l'«immunité contre l'utilisation de la preuve» reconnue à l'art. 13 de la *Charte*. En outre, notre Cour à la majorité (quoique la composition de cette majorité fut différente) était d'avis que les tribunaux pouvaient, dans certaines circonstances, exempter une personne de l'obligation de témoigner.

Le présent pourvoi offre l'occasion de faire fond sur le consensus reflété dans l'arrêt *S. (R.J.)*, et de clarifier davantage les règles applicables en cette matière. Nous ferons, plus particulièrement, des commentaires additionnels sur l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée et les circonstances relatives à l'exemption de l'obligation de témoigner.

En ce qui concerne l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée, il y a lieu de se rappeler que les commentaires du juge Iacobucci à ce sujet se voulaient d'application générale uniquement, et que toute précision additionnelle devra attendre la suite des événements qui ne pourra survenir que lors de l'examen de cas au fur et à mesure qu'ils se présenteront.

Aux pages 565 et 566 de l'arrêt *S. (R.J.)*, le juge Iacobucci a examiné le fardeau de la preuve imposé à l'accusé en matière d'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. Il a affirmé qu'il y aurait alors application de la règle générale de la *Charte* selon laquelle la partie qui allègue une violation de la *Charte* doit en prouver l'existence selon la prépondérance des probabilités. Le juge Iacobucci a ensuite affirmé qu'en pratique ce fardeau risquera d'être assumé par le ministère public

2

3

4

5

means that the accused has the evidentiary burden of showing a plausible connection between the compelled testimony and the evidence sought to be adduced. Once this is established, in order to have the evidence admitted, the Crown will have to satisfy the court on a balance of probabilities that the authorities would have discovered the impugned derivative evidence absent the compelled testimony. This is explained in more detail in the reasons of Iacobucci J. in *S. (R.J.)* (at p. 562). Finally, it goes without saying that in order to trigger the derivative use immunity, the former witness may only claim such protection in a subsequent proceeding where he or she is an accused subject to penal sanctions or in any proceeding which engages s. 7 of the *Charter*. We also refer to our further discussion on this matter below.

puisqu'on peut s'attendre à ce que ce soit lui qui sache comment les éléments de preuve ont été ou auraient pu être obtenus. Cela signifie que l'accusé a la charge de démontrer l'existence plausible d'un lien entre le témoignage forcé et les éléments de preuve que l'on cherche à présenter. Une fois cela établi, le ministère public devra, pour que ces éléments de preuve soient admis, convaincre le tribunal, selon la prépondérance des probabilités, que les autorités auraient, en l'absence du témoignage forcé, découvert la preuve dérivée que l'on conteste. Ce point est expliqué plus en détail dans les motifs du juge Iacobucci dans l'arrêt *S. (R.J.)* (à la p. 562). Enfin, il va sans dire que, pour que l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée s'applique, le premier témoin ne peut revendiquer cette protection que dans des procédures ultérieures où il est un accusé passible de sanctions pénales ou dans toutes procédures qui déclenchent l'application de l'art. 7 de la *Charte*. Nous renvoyons également à l'analyse supplémentaire de cette question que nous faisons plus loin.

6 Regarding exemptions from compulsion, Iacobucci J., writing for the majority on "derivative use immunity", recognized that a colourable attempt to compel the evidence of a witness could in certain circumstances be objectionable. In *S. (R.J.)* it was not necessary to determine conclusively when such exemptions were available and there was no agreement on the precise test to be applied. There was, however, sufficient consensus to form the basis for a more precise and acceptable test which can be applied to resolve this appeal and the companion appeals of *Primeau* and *Jobin*.

En ce qui concerne les exemptions de la contrainte à témoigner, le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de la majorité relativement à la question de l'«immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée», a reconnu qu'une tentative déguisée de contraindre une personne à témoigner pourrait, dans certaines circonstances, être répréhensible. Dans l'arrêt *S. (R.J.)*, il n'était pas nécessaire de déterminer de façon concluante dans quels cas ces exemptions pouvaient être invoquées et l'on ne s'est pas entendu sur le critère précis à appliquer. Cependant, il y avait un consensus suffisant pour constituer le fondement d'un critère plus précis et acceptable qui peut être appliqué pour résoudre le présent pourvoi et les pourvois connexes *Primeau* et *Jobin*.

7 In view of the conclusions reached in *S. (R.J.)*, any test to determine compellability must take into account that if the witness is compelled, he or she will be entitled to claim effective subsequent derivative use immunity with respect to the compelled testimony or other appropriate protection. The common feature of the respective compellability tests proposed in the reasons in *S. (R.J.)* is that the

Vu les conclusions de l'arrêt *S. (R.J.)*, tout critère visant à déterminer la contraignabilité doit tenir compte du fait que, si la personne est contrainte à témoigner, elle pourra invoquer efficacement l'immunité contre l'utilisation subséquente de la preuve dérivée relativement à ce témoignage forcé, ou une autre garantie appropriée. Dans l'arrêt *S. (R.J.)*, les divers critères proposés en matière

crucial question is whether the predominant purpose for seeking the evidence is to obtain incriminating evidence against the person compelled to testify or rather some legitimate public purpose. This test strikes the appropriate balance between the interests of the state in obtaining the evidence for a valid public purpose on the one hand, and the right to silence of the person compelled to testify on the other.

In applying this test, the Court must first determine the predominant purpose for which the evidence is sought. To qualify as a valid public purpose, compelled testimony in a criminal prosecution or prosecution under a provincial statute must be for the purpose of obtaining evidence in furtherance of that prosecution. In *S. (R.J.)*, Sopinka J. suggested some guidelines for determining whether this is the predominant purpose. In other proceedings, discerning the purpose is more complex. Where evidence is sought for the purpose of an inquiry, we must first look to the statute under which the inquiry is authorized. The fact that the purpose of inquiries under the statute may be for legitimate public purposes is not determinative. The terms of reference may reveal an inadmissible purpose notwithstanding that the statute did not so intend: see *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366. Indeed, even if the terms of reference authorize an inquiry for a legitimate purpose in some circumstances, the object of compelling a particular witness may still be for the purpose of obtaining incriminating evidence.

It would be rare indeed that the evidence sought cannot be shown to have some relevance other than to incriminate the witness. In a prosecution, such evidence would simply be irrelevant. There may, however, be inquiries of this type and it would be difficult to justify compellability in such a case. In the vast majority of cases, including this case, the evidence has other relevance. In such cases, if it is established that the predominant purpose is not to obtain the relevant evidence for the purpose of the instant proceeding, but rather to

de contraignabilité ont ceci de commun que la question cruciale y est de savoir si la demande de témoignage a pour objet prédominant d'obtenir des éléments de preuve incriminants contre la personne contrainte à témoigner, ou si elle vise une autre fin publique légitime. Ce critère établit l'équilibre approprié, d'une part, entre l'intérêt qu'a l'État à obtenir des éléments de preuve pour une fin publique valide et, d'autre part, le droit de garder le silence que possède la personne contrainte à témoigner.

En appliquant ce critère, la Cour doit d'abord déterminer l'objet prédominant pour lequel le témoignage est demandé. Pour répondre à une fin publique valide, le témoignage forcé, au cours de poursuites criminelles ou de poursuites intentées en vertu d'une loi provinciale, doit viser à obtenir une preuve utile à ces poursuites. Dans l'arrêt *S. (R.J.)*, le juge Sopinka a proposé certaines lignes directrices applicables pour déterminer si c'est là l'objet prédominant. Dans d'autres poursuites, discerner l'objet visé s'avère plus complexe. Lorsque le témoignage est demandé aux fins d'une enquête, nous devons d'abord examiner la loi qui autorise la tenue de cette enquête. Le fait que les enquêtes tenues en vertu de la loi puissent viser des fins publiques légitimes n'est pas déterminant. Le mandat peut révéler un objet inacceptable, même si cela n'était pas voulu dans la loi: voir *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366. En fait, même si le mandat prévoit la tenue d'une enquête à une fin légitime dans certaines circonstances, la contrainte à témoigner exercée contre une personne donnée peut quand même viser à obtenir des éléments de preuve incriminants.

Il est vraiment rare qu'il soit impossible d'établir que le témoignage recherché est pertinent à d'autres fins que d'incriminer le témoin. Dans des poursuites, pareil témoignage ne serait tout simplement pas pertinent. Cependant, il peut y avoir des enquêtes de ce genre et il serait difficile de justifier la contraignabilité dans un tel cas. Dans la grande majorité des cas, y compris la présente affaire, le témoignage est pertinent à une autre fin. Dans de tels cas, s'il est établi que l'objet prédominant est non pas l'obtention d'éléments de preuve perti-

incriminate the witness, the party seeking to compel the witness must justify the potential prejudice to the right of the witness against self-incrimination. If it is shown that the only prejudice is the possible subsequent derivative use of the testimony then the compulsion to testify will occasion no prejudice for that witness. The witness will be protected against such use. Further, if the witness can show any other significant prejudice that may arise from the testimony such that his right to a fair trial will be jeopardized, then the witness should not be compellable.

10 We recognize that the purpose of calling a particular witness will not be readily apparent and that such purpose must be inferred in many cases from the overall effect of the evidence proposed to be called. If the overall effect is that it is of slight importance to the proceeding in which it is compelled but of great importance in a subsequent proceeding against the witness in which the witness is incriminated, then an inference may be drawn as to the real purpose of the compelled evidence. If that relationship is reversed then no such inference may be drawn. As stated in *S. (R.J.)*, the issue of compellability may arise at the time when the witness is called to testify (the subpoena stage) and at a subsequent penal proceeding against the witness (the trial stage). By reason of the foregoing, the true purpose of the evidence will often not be apparent until the latter stage.

11 As in the case of any breach of *Charter* rights, the burden of establishing a breach is on the party alleging it. In this context, the burden of proof with respect to the predominant purpose of the compelled testimony will be on the witness who asserts that it is not sought for a legitimate purpose. If this is established, the witness should not be compelled unless the party seeking to compel the witness justifies the compulsion as referred to above.

nents aux fins des poursuites en cause, mais plutôt l'incrimination du témoin, la partie qui cherche à contraindre la personne à témoigner doit justifier le préjudice qui risque d'être causé au droit du témoin de ne pas s'incriminer. S'il est établi que le seul préjudice est la possibilité que les éléments de preuve dérivée, obtenus grâce au témoignage, soient utilisés ultérieurement, alors la contrainte à témoigner ne causera aucun préjudice au témoin en question. Celui-ci sera protégé contre une telle utilisation. De plus, le témoin qui peut établir que son témoignage risque de causer un autre préjudice important susceptible de compromettre son droit à un procès équitable ne devrait pas être contraignable.

Nous reconnaissons que le but poursuivi en assignant une personne particulière à témoigner ne sera pas si évident et que, dans bien des cas, il doit s'inférer de l'effet global du témoignage que l'on se propose de recueillir. Si, de par son effet global, le témoignage a peu d'importance aux fins des poursuites au cours desquelles la personne est contrainte à témoigner, mais revêt une grande importance dans des procédures ultérieures engagées contre le témoin qui est alors incriminé, une déduction peut alors être faite quant à l'objet réel du témoignage forcé. Dans la situation inverse, on ne peut pas faire une telle déduction. Tel que mentionné dans l'arrêt *S. (R.J.)*, la question de la contraignabilité peut se présenter au moment où la personne est assignée à témoigner (l'étape de l'assignation) et au cours de poursuites pénales ultérieures intentées contre le témoin (l'étape du procès). Compte tenu de ce qui précède, l'objet véritable du témoignage ne deviendra souvent évident qu'à l'étape ultérieure.

Comme dans le cas d'une violation de droits garantis par la *Charte*, c'est la partie qui allègue la violation qui a le fardeau d'en établir l'existence. Dans ce contexte, c'est le témoin qui soutient que le témoignage forcé ne vise pas une fin légitime qui doit faire la preuve de l'objet prédominant de ce témoignage forcé. S'il fait cette preuve, le témoin ne devrait pas être contraint, sauf si la partie qui veut le contraindre justifie cette contrainte, tel que mentionné plus haut.

In light of the foregoing elaboration of the principles enumerated in *S. (R.J.)* we now turn to the facts and issues raised in this appeal.

I. Facts

Terra Nova Energy Inc. is a British Columbia company listed on the Vancouver Stock Exchange (the company is now called Sato Science International Inc., and it was formerly called Wesgold Resources Inc.). The appellants, Bruce Douglas Branch and Pal Arthur Levitt, were directors of Terra Nova from the time of its incorporation until December 1988.

In July 1987, Terra Nova published its annual financial statements. Included was a report from its auditors which disclosed that the auditors were unable to express an opinion as to whether the financial statements were fairly presented in accordance with generally accepted accounting principles. References were made to serious deficiencies in the control, documentation, and approval procedures of Terra Nova. Questionable expenditures exceeded \$1.3 million. Ten days after the appearance of the statements, the Vancouver Stock Exchange halted trading in Terra Nova's shares, and soon after suspended trading pending clarification of the obvious concern.

On October 23, 1987, the respondent British Columbia Securities Commission made an order under s. 144(2) of the *Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83, requiring Branch and Levitt, along with other former officers of Terra Nova, to cease trading in Terra Nova's securities for 15 days (on November 3, 1987, the Commission ordered that the cease-trading order persist until the conclusion of a hearing held pursuant to s. 144(1) of the Act). Four days later, acting under s. 126(1) of the Act, the

Compte tenu des principes énumérés dans l'arrêt *S. (R.J.)* que nous venons d'exposer, nous allons maintenant examiner les faits du présent pourvoi et les questions qui y sont soulevées.

I. Les faits

Terra Nova Energy Inc. est une société de la Colombie-Britannique, cotée à la Bourse de Vancouver (auparavant connue sous le nom de Wesgold Resources Inc., cette société s'appelle maintenant Sato Science International Inc.). Les appelants, Bruce Douglas Branch et Pal Arthur Levitt, ont été administrateurs de Terra Nova depuis sa constitution en société jusqu'en décembre 1988.

En juillet 1987, Terra Nova a publié ses états financiers annuels. Ceux-ci étaient accompagnés d'un rapport dans lequel les vérificateurs indiquaient ne pas être en mesure d'affirmer que ces états financiers étaient régulièrement présentés conformément aux principes comptables généralement acceptés. On mentionnait de sérieuses lacunes dans les procédures de contrôle, de documentation et d'approbation de Terra Nova. Des dépenses discutables de plus de 1,3 million de dollars étaient relevées. Dix jours après la publication de ces états financiers, la Bourse de Vancouver a arrêté les opérations sur les actions de Terra Nova et les a peu après interrompues en attendant la clarification de cette situation inquiétante.

Le 23 octobre 1987, l'intimée, la British Columbia Securities Commission, a rendu, en vertu du par. 144(2) de la *Securities Act*, S.B.C. 1985, ch. 83, une ordonnance enjoignant à Branch et à Levitt, ainsi qu'à d'autres anciens dirigeants de Terra Nova, de cesser toute opération sur les valeurs mobilières de Terra Nova pendant 15 jours (le 3 novembre 1987, la Commission a ordonné le maintien de l'ordonnance d'interdiction d'opération jusqu'à la fin d'une audience tenue conformément au par. 144(1) de la Loi). Quatre jours plus tard, la Commission a, conformément au par.

12

13

14

15

Commission appointed three individuals to conduct an investigation.

126(1) de la Loi, nommé trois personnes pour faire enquête.

16 On June 27, 1988, summonses were served on Branch and Levitt compelling their attendance for examination. The summonses also required production of all information and records in the possession of Branch and Levitt relating directly or indirectly to Terra Nova and other named companies. The statutory authority for these orders can be found in s. 128(1) of the Act.

Le 27 juin 1988, Branch et Levitt se sont vu signifier des assignations à comparaître pour subir un interrogatoire. Les assignations leur enjoignaient également de produire tous les renseignements et dossiers qui étaient en leur possession et qui concernaient directement ou indirectement Terra Nova et d'autres sociétés nommées. C'est le par. 128(1) de la Loi qui confère le pouvoir de rendre ces ordonnances.

17 On June 30, 1988, Branch and Levitt attended at the Commission with their counsel, Mr. Hamilton. Hamilton stated on their behalf that the investigation appeared to be preliminary to possible criminal or *quasi*-criminal charges, and he indicated that Branch and Levitt would rely upon their right to remain silent. Hamilton indicated that Branch and Levitt would not submit to an investigation without further particulars or disclosure. On July 13, 1988, the Commission informed Branch and Levitt that such requests would not be honoured.

Le 30 juin 1988, Branch et Levitt se sont rendus devant la Commission en compagnie de leur avocat, M^e Hamilton. Ce dernier a affirmé, en leur nom, que l'enquête semblait être le prélude d'éventuelles accusations criminelles ou quasi criminelles, et il a indiqué que Branch et Levitt allaient se prévaloir de leur droit de garder le silence. Hamilton a indiqué que Branch et Levitt ne se soumettraient pas à une enquête sans disposer d'autres détails ou renseignements. Le 13 juillet 1988, la Commission a informé Branch et Levitt qu'elle ne ferait pas droit à ces demandes.

18 On July 14 and 15, 1988, respectively, Branch and Levitt were served with fresh summonses. On August 5, 1988, the Commission petitioned the Supreme Court of British Columbia for an order committing Branch and Levitt in contempt. In response, Branch and Levitt asked for a declaration to the effect that s. 128(1) of the *Securities Act* violates ss. 7, 8, 9 and 15(1) of the *Charter*.

Les 14 et 15 juillet 1988 respectivement, de nouvelles assignations ont été signifiées à Branch et à Levitt. Le 5 août 1988, la Commission a, par voie de requête, demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de rendre une ordonnance condamnant Branch et Levitt pour outrage. Branch et Levitt ont réagi en demandant un jugement déclarant que le par. 128(1) de la *Securities Act* violait les art. 7, 8 et 9 et le par. 15(1) de la *Charte*.

19 The application for a declaration was dismissed: (1990), 68 D.L.R. (4th) 347, 43 B.C.L.R. (2d) 286. Wood J. ordered Branch and Levitt to comply with the summonses, or, in default, to show cause or be held in contempt. An appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed: (1992), 88 D.L.R. (4th) 381, 63 B.C.L.R. (2d) 331, [1992] 3 W.W.R. 165. This Court granted leave to appeal: [1992] 2 S.C.R. v.

La demande de jugement déclaratoire a été rejetée: (1990), 68 D.L.R. (4th) 347, 43 B.C.L.R. (2d) 286. Le juge Wood a ordonné à Branch et à Levitt de se conformer aux assignations ou, à défaut, d'exposer les raisons de leur refus, sinon ils seraient déclarés coupables d'outrage. Un appel interjeté devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été rejeté: (1992), 88 D.L.R. (4th) 381, 63 B.C.L.R. (2d) 331, [1992] 3 W.W.R. 165. Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi: [1992] 2 R.C.S. v.

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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.

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

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

Securities Act, S.B.C. 1985, c. 83

126. (1) The commission may, by order, appoint a person to make an investigation the commission considers expedient

- (a) for the administration of this Act,
- (b) to assist in the administration of the securities laws of another jurisdiction,
- (c) in respect of matters relating to trading in securities in the Province, or
- (d) in respect of matters in the Province relating to trading in securities in another jurisdiction.

. . .

127. (1) An investigator appointed under section 126 or 131 may, with respect to the person who is the subject of the investigation, investigate, inquire into and examine

- (a) the affairs of that person,
- (b) any records, negotiations, investigations, loans, borrowings and payments to, by, on behalf of, in relation to or connected with that person,
- (c) any property, assets or things owned, acquired or disposed of in whole or in part by that person or by a person acting on behalf of or as agent for that person,
- (d) the assets at any time held by, the liabilities, debts, undertakings and obligations at any time existing and the financial or other conditions at

II. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

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.

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

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

Securities Act, S.B.C. 1985, ch. 83

[TRADUCTION] 126. (1) La Commission peut, par ordonnance, nommer une personne pour faire l'enquête qu'elle juge opportune

- a) pour appliquer dûment la présente loi,
- b) pour aider à appliquer les lois sur les valeurs mobilières d'un autre ressort,
- c) sur des questions relatives à des opérations sur valeurs mobilières dans la province, ou
- d) sur des questions relatives à des opérations sur valeurs mobilières dans un autre ressort.

. . .

127. (1) Un enquêteur nommé en vertu des articles 126 ou 131 peut, relativement à la personne qui fait l'objet de l'enquête, examiner

- a) les affaires de cette personne,
- b) les dossiers, les négociations, les enquêtes, les prêts, les emprunts et les paiements qui ont un rapport direct ou indirect avec cette personne ou ont été effectués par celle-ci ou en son nom,
- c) les biens, éléments d'actif ou objets qui appartiennent, en totalité ou en partie, à cette personne ou à une personne agissant en son nom ou à titre de mandataire de celle-ci, ou qui ont été acquis ou aliénés, en totalité ou en partie, par celles-ci,
- d) l'actif que cette personne a pu détenir à un moment quelconque, les dettes, les engagements et les obligations qu'elle a pu avoir, la situation

- any time prevailing in respect of that person, and
- (e) the relationship that may at any time exist or have existed between that person and any other person by reason of
- (i) investments made,
 - (ii) commissions promised, secured or paid,
 - (iii) interests held or acquired,
 - (iv) the lending or borrowing of money, securities or other property,
 - (v) the transfer, negotiation or holding of securities,
 - (vi) interlocking directorates,
 - (vii) common control,
 - (viii) undue influence or control, or
 - (ix) any other relationship.
- (2) An investigator may, for purposes of subsection (1),
- (a) enter in or on the land or premises of a person at any reasonable time without a warrant for the purpose of carrying out an inspection or examination,
 - (b) require the production of any records, property, assets or things for inspection or examination, and
 - (c) on giving a receipt, remove any records or property inspected or examined under paragraph (b) for the purpose of making copies or extracts of the records or property.
- (3) Any copying or making of extracts under subsection (2) shall be completed as soon as possible and the records or property shall be promptly returned to the person who produced or finished them.
- (4) No investigator shall enter any room or place actually being used as a residence without the consent of the occupant, except under the authority of a warrant issued under the *Offence Act*.
- (5) No person shall withhold, destroy, conceal or refuse to give or produce any information, record, property, asset or thing reasonably required for an investigation, inquiry or examination under this section.
- financière ou les autres situations dans lesquelles elle a pu se trouver, et
- e) les rapports qui peuvent ou qui ont pu à quelque moment exister entre cette personne et toute autre personne à cause:
- (i) d'investissements,
 - (ii) de commissions promises, garanties ou payées,
 - (iii) d'intérêts détenus ou acquis,
 - (iv) de prêts ou d'emprunts d'argent, de valeurs mobilières ou d'autres biens,
 - (v) du transfert, de la négociation ou de la détention de valeurs mobilières,
 - (vi) de conseils d'administration interdépendants,
 - (vii) d'un contrôle commun,
 - (viii) d'un abus d'influence ou de contrôle, ou
 - (ix) de tout autre rapport.
- (2) Pour les fins du paragraphe (1), un enquêteur peut:
- a) entrer sans mandat sur le bien-fonds ou dans les lieux appartenant à une personne, à toute heure raisonnable, pour y effectuer une inspection ou un examen,
 - b) exiger la production de dossiers, de biens, d'éléments d'actif ou d'objets pour fins d'inspection ou d'examen, et
 - c) en donnant un reçu, enlever tout dossier ou bien inspecté ou examiné en vertu de l'alinéa b) pour en faire des copies ou en tirer des extraits.
- (3) Il faut dès que possible procéder à la réalisation des copies ou des extraits visés au paragraphe (2) et les dossiers ou biens doivent être retournés promptement à la personne qui les a produits ou fournis.
- (4) Il est interdit à un enquêteur d'entrer dans une pièce ou un endroit servant de résidence sans avoir obtenu le consentement de l'occupant, sauf en exécution d'un mandat décerné en vertu de l'*Offence Act*.
- (5) Il est interdit à quiconque de retenir, de détruire, de dissimuler ou de refuser de fournir ou de produire des renseignements, dossiers, biens, éléments d'actif ou objets qui sont raisonnablement nécessaires à une enquête ou à un examen en vertu du présent article.

128. (1) An investigator appointed under section 126 or 131 has the same power

- (a) to summon and enforce the attendance of witnesses,
- (b) to compel witnesses to give evidence on oath or in any other manner, and
- (c) to compel witnesses to produce records and things

as the Supreme Court has for the trial of civil actions, and the failure or refusal of a witness

- (d) to attend,
- (e) to take an oath,
- (f) to answer questions, or
- (g) to produce the records and things in his custody or possession

makes the witness, on application to the Supreme Court, liable to be committed for contempt as if in breach of an order or judgment of the Supreme Court.

(3) A witness giving evidence at an investigation conducted under section 126 or 131 may be represented by counsel.

III. Judgments

Supreme Court of British Columbia (1990), 68 D.L.R. (4th) 347

Wood J. noted that Branch and Levitt claimed a right against self-incrimination and a right to remain silent under s. 7 of the *Charter* "at the investigative stage of any true penal consequence proceeding" (p. 355). He quickly made two points in respect of these claims. First, he said, it is wrong to suppose that s. 7 protects rights in the abstract; there must first be a deprivation of life, liberty, or security of the person. Second, he said that the applicants wrongly confused or equated the right to remain silent and the privilege against self-incrimination.

128. (1) Un enquêteur nommé en vertu des articles 126 ou 131 est investi du même pouvoir

- a) d'assigner des témoins et de les obliger à comparaître,
- b) d'obliger des personnes à témoigner sous serment ou autrement, et
- c) d'obliger des témoins à produire des dossiers et des objets

que celui qui est conféré à la Cour suprême en matière d'actions civiles, et toute personne qui omet ou refuse

- d) de comparaître,
- e) de prêter serment,
- f) de répondre à des questions, ou
- g) de produire les dossiers et objets dont elle a la garde ou la possession

peut, sur requête à la Cour suprême, être condamnée pour outrage au même titre que si elle avait omis de se conformer à une ordonnance ou à un jugement de cette cour.

(3) Une personne qui témoigne à une enquête tenue en vertu des articles 126 ou 131 peut être représentée par un avocat.

III. Les juridictions inférieures

Cour suprême de la Colombie-Britannique (1990), 68 D.L.R. (4th) 347

Le juge Wood a fait remarquer que Branch et Levitt avaient invoqué un droit de ne pas s'incriminer ainsi qu'un droit de garder le silence en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, [TRADUCTION] «à l'étape de l'enquête relative à toute procédure entraînant de véritables conséquences pénales» (p. 355). Il s'est empressé de faire deux remarques au sujet de ces revendications. Premièrement, il a dit qu'il est erroné de supposer que l'art. 7 protège des droits dans l'abstrait; il doit d'abord y avoir atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Deuxièmement, il a affirmé que les requérants avaient par erreur assimilé le droit de garder le silence au privilège de ne pas s'incriminer.

21 Wood J. apparently did not accept that a Commission investigation leads to “true penal consequences”, in so far as the investigators are only empowered to report. Following *Re Robinson and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 489 (B.C.S.C.), Wood J. held that the investigation could not result in a deprivation of life, liberty, or security of the person. For two reasons, however, Wood J. proceeded to assume that s. 7 was engaged: (1) because of the risk of imprisonment if the summonses were ignored; and (2) because the testimony of the applicants could generate derivative evidence which could later be used against them. However, he expressed “grave doubts” about whether s. 7 was actually engaged on the facts before him.

22 Wood J. proceeded to deal with the argument that a compulsion to testify violates a constitutionalized privilege against self-incrimination, and he followed *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation & Research* (1985), 25 D.L.R. (4th) 202 (B.C.S.C.), in that regard. Wood J. stated that he was bound by *Re Transpacific*, and he rejected the privilege-against-self-incrimination argument.

23 On the question whether the applicants could claim a right to silence, Wood J. accepted such a right could exist in s. 7 of the *Charter* as a principle of fundamental justice (his decision being rendered before *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151). To define its scope, he considered the pre-*Charter* context, reviewed case law, and then concluded in these terms (at p. 367):

Apart from the judgment of Munroe J. in *Re Wilson Inquest*, which was overruled on appeal, I have not been able to find any Canadian case where the right of a suspect to remain silent in the face of a statutory compulsion to testify under oath, has been recognized.

Furthermore . . . both federal and provincial statute books are replete with laws which provide inquiry pow-

Le juge Wood n’a apparemment pas accepté qu’une enquête de la Commission entraîne «de véritables conséquences pénales», dans la mesure où les enquêteurs ne sont habilités qu’à faire rapport. Se fondant sur la décision *Re Robinson and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 489 (C.S.C.-B.), le juge Wood a conclu que l’enquête ne pouvait donner lieu à une atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité d’une personne. Cependant, il a supposé, pour deux raisons, que l’art. 7 s’appliquait: (1) en raison du risque d’emprisonnement auquel on était exposé si on ne se conformait pas aux assignations, et (2) parce que le témoignage des requérants était susceptible de générer des éléments de preuve dérivée qui pourraient être utilisés contre eux par la suite. Cependant, il a exprimé de [TRADUCTION] «sérieux doutes» quant à savoir si l’art. 7 s’appliquait d’après les faits qui lui avaient été soumis.

Le juge Wood a ensuite examiné l’argument selon lequel la contrainte à témoigner va à l’encontre d’un privilège constitutionnalisé de ne pas s’incriminer et il a suivi, à cet égard, la décision *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation & Research* (1985), 25 D.L.R. (4th) 202 (C.S.C.-B.). Le juge Wood a affirmé qu’il était lié par cette décision et il a rejeté l’argument du privilège de ne pas s’incriminer.

Quant à la question de savoir si les requérants pouvaient invoquer un droit de garder le silence, le juge Wood a reconnu qu’un tel droit pouvait exister, en vertu de l’art. 7 de la *Charte*, en tant que principe de justice fondamentale (sa décision étant antérieure à l’arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151). Pour définir la portée de ce droit, il a examiné le contexte antérieur à l’adoption de la *Charte* ainsi que la jurisprudence et il a ensuite tiré la conclusion suivante (à la p. 367):

[TRADUCTION] À l’exception de la décision du juge Munroe dans *Re Wilson Inquest*, renversée en appel, je n’ai pu trouver aucune décision canadienne dans laquelle on a reconnu le droit d’un suspect de garder le silence lorsqu’une loi le contraint à témoigner sous serment.

Par ailleurs, [. . .] les recueils de lois fédérales et provinciales sont remplis de textes qui confèrent des pou-

ers similar to those found in s. 128(1) of the *Securities Act* . . . [which suggests] that Canadian law has not heretofore recognized, as a principle of fundamental justice, the right of such persons to stand silent in the face of a statutory compulsion to speak.

Wood J. then turned to the post-*Charter* context. He cited *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (B.C.C.A.), in which Macfarlane J.A. stated (at pp. 748-49):

I agree that if the sole aim and purpose of the proceeding was to obtain evidence to support a charge or to assist the criminal prosecution of the witness, it might be arguable that the witness ought not to be compelled to divulge information which might lead to his conviction. But, in my view, such a result would follow only if the proceedings, in which such evidence was given, were so devoid of any legitimate public purpose, and so deliberately designed to assist the prosecution of the witness that to allow them to continue would constitute an injustice. In such circumstances, the continuance of the proceedings could be said to constitute a violation of the principles of fundamental justice.

Wood J. characterized this passage as correctly reflecting the limit of the post-*Charter* right to remain silent. He stated (at p. 369), "it cannot be said that the statutory compulsion to testify found in s. 128(1) of the Act comes even close to meeting" the *Haywood Securities* test. Accordingly, Wood J. rejected the claims in respect of a right to silence.

Finally, Wood J. considered whether s. 128(1)(c) of the *Securities Act* authorizes an unreasonable search or seizure contrary to s. 8 of the *Charter*. He considered himself bound by British Columbia authority to find that s. 128(1)(c) authorizes a "seizure": *Bishop v. College of Physicians & Surgeons of British Columbia* (1985), 22 D.L.R. (4th) 185 (B.C.S.C.), and *College of Physicians & Surgeons of British Columbia v. Bishop* (1989), 56 D.L.R. (4th) 164 (B.C.S.C.). Turning to the ques-

voirs d'enquête semblables à ceux que l'on trouve au par. 128(1) de la *Securities Act* [. . .] [ce qui laisse entendre] que l'on n'a pas encore reconnu comme principe de justice fondamentale, en droit canadien, le droit de ces personnes de garder le silence lorsque la loi les contraint à témoigner.

Le juge Wood a ensuite examiné le contexte postérieur à l'adoption de la *Charte*. Il a cité l'arrêt *Haywood Securities Inc. c. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (C.A.C.-B.), dans lequel le juge Macfarlane affirme (aux pp. 748 et 749):

[TRADUCTION] Je suis d'accord pour dire que, si les procédures n'avaient pas d'autre objet que de réunir des éléments de preuve à l'appui d'une accusation ou de faciliter l'engagement de poursuites criminelles contre le témoin, on pourrait soutenir que ce témoin ne devrait pas être contraint à révéler des renseignements susceptibles d'entraîner une déclaration de culpabilité contre lui. Toutefois, selon moi, il n'en serait ainsi que si les procédures au cours desquelles ce témoignage a été fait étaient tellement dépourvues de toute fin publique légitime et si délibérément conçues pour faciliter l'engagement de poursuites contre le témoin qu'il serait injuste de permettre qu'elles continuent. Dans de pareilles circonstances, la continuation des procédures pourrait être considérée comme une violation des principes de justice fondamentale.

Le juge Wood était d'avis que ce passage reflétait fidèlement la limite du droit de garder le silence depuis l'adoption de la *Charte*. Il a affirmé (à la p. 369) qu'[TRADUCTION] «on ne saurait même pas affirmer que la contrainte à témoigner imposée par le par. 128(1) de la Loi vient près de respecter» le critère de l'arrêt *Haywood Securities*. En conséquence, le juge Wood a rejeté les revendications relatives à un droit de garder le silence.

Enfin, le juge Wood a examiné si l'al. 128(1)(c) de la *Securities Act* autorise une fouille, perquisition ou saisie abusive contrairement à l'art. 8 de la *Charte*. Il s'est estimé tenu, en vertu de la jurisprudence de la Colombie-Britannique, de conclure que cet alinéa autorise une «saisie»: *Bishop c. College of Physicians & Surgeons of British Columbia* (1985), 22 D.L.R. (4th) 185 (C.S.C.-B.), et *College of Physicians & Surgeons of British Columbia c. Bishop* (1989), 56 D.L.R. (4th) 164 (C.S.C.-B.). En

tion of the seizure's reasonableness, Wood J. followed the same authority and scrutinized the statute. First, he stated at p. 371 that the purpose of the *Securities Act* is "to protect the general public from being defrauded as a result of the dishonest activities of those who trade in securities", and he further suggested that this purpose is "regulatory and administrative, not criminal or quasi-criminal". Second, he stated that the targets of seizure were records and things which would provide "highly relevant" or even "crucial" evidence. Third, he discussed the character of the premises where the seizure might occur, and noted that "[t]here is no intrusion into the homes, offices or privacy of those who are the subject of an order" (p. 372). Finally, in terms of the legitimate expectations of the public and the individuals involved, he stated (at p. 372):

... the public has a legitimate expectation that the commission will discharge the regulatory duties entrusted to it, by effectively investigating those activities from which the trading public require protection, and by exercising its regulatory powers so as to ensure that the purpose of the legislation, namely, the protection of the public, is achieved.

On the other hand, the individual who is the object of such an investigation has from the outset known that he or she is participating in a highly regulated and controlled activity, namely, trading in securities. To apply to be licensed, which is a prerequisite to such participation, is to accept the expectation of constant and vigilant supervision. ...

26 For these reasons, Wood J. concluded that the seizure authorized by s. 128(1)(c) of the *Securities Act* is not "unreasonable" within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

27 Wood J. summarily disposed of other arguments based on ss. 7, 9 and 10 of the *Charter*. He ordered Branch and Levitt to attend the investigation and to answer questions put to them. Alternatively, he held that they would be required to show cause "why they should not be committed to jail, or

ce qui concerne la question du caractère raisonnable de la saisie, le juge Wood a suivi ces mêmes décisions et a examiné minutieusement la loi en cause. Premièrement, il a affirmé, à la p. 371, que l'objet de la *Securities Act* est de [TRADUCTION] «protéger le grand public contre la fraude résultant d'activités malhonnêtes de personnes qui font des opérations sur valeurs mobilières», laissant de plus entendre que cet objet est [TRADUCTION] «de nature réglementaire et administrative, et non criminelle ou quasi criminelle». Deuxièmement, il a mentionné que les articles que l'on cherchait à saisir étaient des dossiers et des objets qui constitueraient des éléments de preuve [TRADUCTION] «fort pertinents», voire «cruciaux». Troisièmement, il a examiné la nature des lieux où la saisie pourrait avoir lieu, et a précisé que [TRADUCTION] «[i]l n'y a pas d'intrusion dans la demeure ou les bureaux de ceux qui font l'objet de l'ordonnance, ni d'atteinte à leur vie privée» (p. 372). Enfin, en ce qui concerne les attentes légitimes du public et des particuliers en cause, il dit (à la p. 372):

[TRADUCTION] ... le public peut légitimement s'attendre à ce que la commission s'acquitte des fonctions réglementaires qui lui sont confiées, en enquêtant efficacement sur les activités contre lesquelles le public qui effectue des opérations doit être protégé, et en exerçant ses pouvoirs réglementaires de façon à assurer la réalisation de l'objet de la Loi, soit la protection du public.

Par contre, le particulier qui fait l'objet d'une telle enquête savait au départ qu'il participait à une activité fort réglementée et contrôlée, à savoir les opérations sur valeurs mobilières. Demander le permis nécessaire à une telle participation revient à accepter de s'attendre à faire l'objet d'une surveillance constante et vigilante ...

Pour ces motifs, le juge Wood a conclu que la saisie autorisée par l'al. 128(1)c) de la *Securities Act* n'est pas «abusive» au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

Le juge Wood a sommairement tranché les autres arguments fondés sur les art. 7, 9 et 10 de la *Charte*. Il a enjoint à Branch et Levitt de comparaître à l'enquête et de répondre aux questions qui leur seraient posées. Subsidiairement, il a conclu qu'ils auraient à exposer les raisons [TRADUCTION] «pour lesquelles ils ne devraient pas être con-

finéd, or both, for their contempt in wilfully disobeying the order of this court” (p. 374).

British Columbia Court of Appeal (1992), 88 D.L.R. (4th) 381

Southin J.A., for the court, stated that she “could find no error” in the reasons of Wood J. The only real question on appeal, she indicated, was whether the intervening decision of this Court in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, cast doubt upon his judgment. As regards s. 7 of the *Charter*, Southin J.A. adopted the approach of L’Heureux-Dubé J. in *Thomson Newspapers*, and so she effectively affirmed Wood J. on this point. With respect to s. 8 of the *Charter*, Southin J.A. suggested that Sopinka J.’s reasons in *Thomson Newspapers* were “compelling”, such an order under s. 128(1)(c) might not constitute a seizure at all. But she held that Wood J. was correct to state that he was bound to find a seizure, and she concluded that if, in fact, a seizure was authorized, it was, “as both Mr. Justice La Forest and Madam Justice L’Heureux-Dubé held [in *Thomson Newspapers*], reasonable” (p. 384).

Southin J.A. dismissed the appeal.

IV. Issues

The following constitutional questions were stated on February 25, 1993:

1. [Does] s. 128(1) of the *Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83, infringe[] ss. 7 or 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer is yes, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law, and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

damnés à l’emprisonnement ou à une peine d’amende, ou aux deux à la fois, pour l’outrage qu’ils avaient commis en désobéissant volontairement à l’ordonnance de notre cour» (p. 374).

Cour d’appel de la Colombie-Britannique (1992), 88 D.L.R. (4th) 381

Le juge Southin a précisé, au nom de la cour, qu’elle ne [TRADUCTION] «pouvait trouver aucune erreur» dans les motifs du juge Wood. À son avis, la seule véritable question en appel est de savoir si 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, rendu entre-temps par notre Cour, jette un doute sur la décision du juge Wood. En ce qui concerne l’art. 7 de la *Charte*, le juge Southin a adopté le point de vue du juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Thomson Newspapers*, et a donc confirmé les propos du juge Wood sur ce point. En ce qui concerne l’art. 8 de la *Charte*, le juge Southin a laissé entendre que les motifs du juge Sopinka dans l’arrêt *Thomson Newspapers* étaient [TRADUCTION] «fort convaincants», de sorte qu’une ordonnance fondée sur l’al. 128(1)c) pourrait ne pas constituer du tout une saisie. Toutefois, elle a conclu que le juge Wood avait raison de se dire tenu de conclure qu’il y avait eu saisie, et elle a décidé que si, en fait, une saisie était autorisée, elle était [TRADUCTION] «raisonnable, comme les juges La Forest et L’Heureux-Dubé l’ont affirmé [dans l’arrêt *Thomson Newspapers*]» (p. 384).

Le juge Southin a rejeté l’appel.

IV. Les questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées le 25 février 1993:

1. Le paragraphe 128(1) de la *Securities Act*, S.B.C. 1985, ch. 83, porte-t-il atteinte aux art. 7 ou 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l’affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer conformément à l’article premier de la *Charte*?

28

29

30

V. Analysis

1. *Section 7 of the Charter*

31 This case is unlike *S. (R.J.)* in two respects. First, it is outside the criminal realm, and is within a regulatory regime. Secondly, since Bruce Branch and Pal Arthur Levitt are directors of Terra Nova, it must be discerned whether corporate officers may raise *Charter* violations.

32 The s. 7 *Charter* challenge against s. 128(1) of the *Securities Act* involves two issues:

- (a) testimonial compulsion; and
- (b) documentary compulsion.

(a) Testimonial Compulsion

33 In light of the four sets of reasons of this Court in *S. (R.J.)*, *supra*, the trial judge erred as to when the liberty interest is engaged. The liberty interest is engaged at the point of testimonial compulsion. Once it is engaged, the investigation then becomes whether or not there has been a deprivation of this interest in accordance with the principles of fundamental justice.

34 The portion of s. 128(1) of the *Securities Act* which is relevant to testimonial compulsion reads as follows:

128. (1) An investigator appointed under section 126 or 131 has the same power

- (b) to compel witnesses to give evidence on oath or in any other manner. . . .

We must determine the predominant purpose of such an inquiry at which a witness is compelled to attend. In *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, Iacobucci J., writing for the Court referred to the regulatory nature of the *Securities Act* (at p. 589):

It is important to note from the outset that the [*Securities Act*] is regulatory in nature. In fact, it is part of a

V. Analyse

1. *L'article 7 de la Charte*

La présente affaire diffère, à deux égards, du pourvoi *S. (R.J.)*. Premièrement, elle ne relève pas du domaine criminel et se situe à l'intérieur d'un régime de réglementation. Deuxièmement, puisque Bruce Branch et Pal Arthur Levitt sont des administrateurs de Terra Nova, il faut déterminer si les dirigeants d'une société sont habilités à soulever des violations de la *Charte*.

La contestation du par. 128(1) de la *Securities Act*, fondée sur l'art. 7 de la *Charte*, soulève deux questions:

- a) la contrainte à témoigner et
- b) la contrainte à produire des documents.

a) La contrainte à témoigner

Compte tenu des quatre ensembles de motifs dans l'arrêt de notre Cour *S. (R.J.)*, précité, le juge du procès a commis une erreur quant au moment où le droit à la liberté s'applique. Ce droit s'applique au moment où est exercée la contrainte à témoigner. Dès qu'il s'applique, il s'agit alors de déterminer s'il y a eu privation de ce droit qui soit conforme aux principes de justice fondamentale.

Voici la partie du par. 128(1) de la *Securities Act* qui est pertinente en matière de contrainte à témoigner:

[TRADUCTION] 128. (1) Un enquêteur nommé en vertu des articles 126 ou 131 est investi du même pouvoir

- b) d'obliger des personnes à témoigner sous serment ou autrement. . . .

Il nous faut déterminer l'objet prédominant d'une telle enquête à laquelle un témoin est forcé de comparaître. Dans l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, le juge Iacobucci parle, au nom de notre Cour, de la nature réglementaire de la *Securities Act* (à la p. 589):

Il importe tout d'abord de faire remarquer que la [*Securities Act*] est une loi de nature réglementaire. En

much larger framework which regulates the securities industry throughout Canada. Its primary goal is the protection of the investor but other goals include capital market efficiency and ensuring public confidence in the system: David L. Johnston, *Canadian Securities Regulation* (1977), at p. 1. [Emphasis added.]

The goal of protecting our economy is a goal of paramount importance. In *Pezim*, the preeminence of securities regulation in our economic system was emphasized (at pp. 593 and 595):

This protective role, common to all securities commissions, gives a special character to such bodies which must be recognized when assessing the way in which their functions are carried out under their Acts.

The breadth of the [British Columbia Securities] Commission's expertise and specialisation is reflected in the provisions of the [*Securities Act*]. Section 4 of the Act identifies the Commission as being responsible for the administration of the Act. The Commission also has broad powers with respect to investigations, audits, hearings and orders.

In reading these powerful provisions, it is clear that it was the legislature's intention to give the Commission a very broad discretion to determine what is in the public's interest. . . .

It must also be noted that the definitions in the [*Securities Act*] exist in a factual or regulatory context. They are part of the larger regulatory framework discussed above. They are not to be analyzed in isolation but rather in their regulatory context.

Clearly, this purpose of the Act justifies inquiries of limited scope. The Act aims to protect the public from unscrupulous trading practices which may result in investors being defrauded. It is designed to ensure that the public may rely on honest traders of good repute able to carry out their business in a manner that does not harm the market or society generally. An inquiry of this kind legitimately compels testimony as the Act is con-

fait, elle s'inscrit dans le cadre d'un régime de réglementation beaucoup plus vaste de l'industrie des valeurs mobilières au Canada. Elle vise avant tout à protéger l'investisseur, mais aussi à assurer le rendement du marché des capitaux et la confiance du public dans le système: David L. Johnston, *Canadian Securities Regulation* (1977), à la p. 1. [Nous soulignons.]

La protection de notre économie constitue un objectif de première importance. Dans l'arrêt *Pezim*, on souligne la prééminence de la réglementation des valeurs mobilières dans notre système économique (aux pp. 593 et 595):

Ce rôle protecteur, qui est commun à toutes les commissions des valeurs mobilières, donne à ces organismes un caractère particulier qui doit être reconnu lorsqu'on examine la manière dont leurs fonctions sont exercées aux termes des lois qui leur sont applicables.

La [*Securities Act*] fait bien ressortir l'étendue de l'expertise et de la spécialisation de la [British Columbia Securities Commission]. Son article 4 précise que la Commission est responsable de son application. La Commission possède également de vastes pouvoirs en matière d'enquêtes, de vérifications, d'audiences et d'ordonnances.

En lisant ces dispositions éloquentes, on se rend compte que la législature avait l'intention de conférer à la Commission un très vaste pouvoir discrétionnaire dans la détermination de ce qui constitue l'intérêt public. . . .

On doit aussi se rappeler que les définitions dans la [*Securities Act*] sont présentées dans un contexte de nature factuelle ou réglementaire. Elles font partie de l'ensemble du régime de réglementation qui a déjà été examiné. Elles ne doivent pas être analysées séparément, mais plutôt dans leur contexte de réglementation.

De toute évidence, cet objet de la Loi justifie la tenue d'enquêtes d'une portée restreinte. La Loi vise à protéger le public contre les pratiques commerciales malhonnêtes susceptibles de frauder les investisseurs. Elle vise à assurer que le public puisse se fier à des négociateurs honnêtes de bonne réputation qui sont en mesure d'exploiter leur entreprise d'une façon non préjudiciable au marché ou à l'ensemble de la société. Une enquête de ce

cerned with the furtherance of a goal which is of substantial public importance, namely, obtaining evidence to regulate the securities industry. Often such inquiries result in proceedings which are essentially of a civil nature. The inquiry is of the type permitted by our law as it serves an obvious social utility. Hence, the predominant purpose of the inquiry is to obtain the relevant evidence for the purpose of the instant proceedings, and not to incriminate Branch and Levitt. More specifically, there is nothing in the record at this stage to suggest that the purpose of the summonses in this case is to obtain incriminating evidence against Branch and Levitt. Both orders of the Commission and the summonses are in furtherance of the predominant purpose of the inquiry to which we refer above. The proposed testimony thus falls to be governed by the general rule applicable under the *Charter*, pursuant to which a witness is compelled to testify, yet receives evidentiary immunity in return: *S. (R.J.)*, *supra*.

genre contraint légitimement une personne à témoigner puisque la Loi vise la réalisation d'un objectif d'une grande importance pour le public, à savoir, recueillir des témoignages pour régler le secteur des valeurs mobilières. Pareilles enquêtes aboutissent souvent à des procédures de nature essentiellement civile. L'enquête est du genre autorisé par notre droit puisqu'elle a une utilité sociale évidente. L'enquête a ainsi pour objet prédominant de recueillir le témoignage pertinent aux fins des présentes procédures et non dans le but d'incriminer Branch et Levitt. Plus précisément, il n'y a rien, à ce stade, dans le dossier qui porte à croire que les assignations en l'espèce ont pour objet d'obtenir des éléments de preuve incriminants contre Branch et Levitt. Les ordonnances de la Commission et les assignations visent la réalisation de l'objet prédominant de l'enquête mentionné plus haut. En conséquence, le témoignage proposé se trouve régi par la règle générale applicable en vertu de la *Charte*, selon laquelle un témoin est contraint à témoigner et bénéficie en retour d'une immunité relative à la preuve: *S. (R.J.)*, précité.

36 An issue may arise in subsequent proceedings as to who can claim the benefit of derivative use immunity, the individuals or the corporation or both. While this issue might be left to be determined when it arises in such proceedings, in view of the fact that the test for compellability is premised on the availability of subsequent derivative use immunity on the basis of the "but for" concept, we believe it should be addressed.

Dans des procédures ultérieures, il peut se poser une question quant à savoir qui peut réclamer l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée: les particuliers, la personne morale, ou les deux à la fois. Même si on pourrait attendre de trancher cette question seulement lorsqu'elle se présentera dans de telles procédures, nous croyons qu'il y a lieu de l'aborder compte tenu du fait que le critère de contraignabilité repose sur la possibilité de bénéficier de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée en fonction du concept du «n'eût été».

37 Clearly, the individuals Branch and Levitt are entitled to claim the protection of subsequent derivative use. This is a protection that is afforded to witnesses notwithstanding that the source of their evidence may derive from corporate activity. See *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21. On the other hand, the protection depends on the applicability of s. 7 of the *Charter*. This Court has held that s. 7 does not apply to a corporation. See *Thomson Newspapers*, *supra*. It should be remembered that it will be up to the judge hearing

De toute évidence, Branch et Levitt ont le droit, en leur qualité personnelle, de réclamer l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. Il s'agit là d'une protection accordée aux témoins même s'il se peut que leur témoignage tire sa source des activités d'une personne morale. Voir *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21. Par contre, la protection dépend de l'applicabilité de l'art. 7 de la *Charte*. Notre Cour a conclu que l'art. 7 ne s'applique pas à une personne morale. Voir *Thomson Newspapers*, précité. Il y a lieu de se rappeler qu'il appartiendra

the matter to decide the specific application of subsequent derivative use immunity having regard to all the circumstances.

(b) Documentary Compulsion

This appeal raises the possibility of documentary compulsion, which entails jeopardy in so far as it engages the appellants' liberty interest. Specifically, the likelihood of a self-incriminatory result is what is to be avoided. There are two main issues:

- (i) the identity of the person facing the prospect of self-incrimination; and
- (ii) most significantly, the nature of the compulsion, that is, whether the documents contain a compelled answer merely reduced to writing, or exist separately and apart from the compelled person.

(i) *Identity of the Person Facing the Prospect of Self-Incrimination*

The right against self-incrimination is a personal right that serves to protect an individual's liberty interest. Is a corporation or its officer(s) eligible for *Charter* protection against self-incriminatory effects? We do not believe that a right against self-incrimination can be applied to artificial entities in any meaningful way. It is the self-conscriptive effect of compulsion which the *Charter* guards against. This is a flesh and bone protection which cannot be easily extended to corporations. The following passage of Sopinka J. in *Amway, supra*, is pertinent (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. Although disagreement exists as to the basis of the principle against self-incrimination, in my view, this factor plays a dominant role.

In the United States it was this factor which was largely responsible for denying Fifth Amendment protection to corporations. The American situation is

au juge qui entend l'affaire de décider de l'application précise de l'immunité contre l'utilisation subséquente de la preuve dérivée eu égard aux circonstances.

b) La contrainte à produire des documents

Le présent pourvoi soulève la possibilité de contraindre à produire des documents, qui comporte un danger dans la mesure où elle met en cause le droit à la liberté des appelants. Ce qu'il faut plus précisément éviter est la probabilité d'un résultat auto-incriminant. Deux questions principales sont soulevées:

- (i) l'identité de la personne exposée au risque d'auto-incrimination et,
- (ii) qui plus est, la nature de la contrainte, à savoir si les documents contiennent une réponse forcée simplement par écrit, ou si elle existe séparément de la personne contrainte à s'exécuter.

(i) *Identité de la personne exposée au risque d'auto-incrimination*

Le droit de ne pas s'incriminer est un droit personnel qui sert à protéger le droit à la liberté d'un particulier. Une personne morale ou ses dirigeants ont-ils droit à la protection de la *Charte* contre des effets auto-incriminants? Nous ne croyons pas qu'un droit de ne pas s'incriminer puisse s'appliquer utilement à des entités morales. C'est contre l'effet auto-incriminant de la contrainte que la *Charte* protège. C'est une protection physique qui ne peut pas aisément être étendue aux personnes morales. Les propos que tient le juge Sopinka dans l'arrêt *Amway*, précité, à la p. 40, sont pertinents:

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. Bien qu'il y ait mésentente quant au fondement du principe interdisant l'auto-incrimination, j'estime que ce facteur joue un rôle dominant.

Aux États-Unis, c'est ce facteur qui explique en grande partie le refus d'appliquer la protection du Cinquième amendement aux sociétés. La situation améri-

38

39

summed up in the following statement from Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, at p. 459:

Apart from this substantial obstacle, it appears that the most sensible way of resolving issues about the application of *Charter* provisions to corporations is to interpret them purposively. Even on this basis, section 13 should not be held to extend to corporations through the expedient of considering certain corporate officers to be the corporation for the purpose of testifying. This is because the principle that an accused should never be conscripted by his opponent to defeat him does not extend to corporations in a meaningful way. As stated in *Wigmore on Evidence* in recounting the American position which holds the privilege against self-incrimination to be inapplicable to corporations, "(t)his sentiment . . . is almost entirely confined to flesh-and-bone individuals." Why? Because it has to do with the intrinsic value of human beings and the necessity of according them a meaningful right to privacy until the real prospect of their guilt is raised so that they will truly be free. "(A) corporation, unlike an individual, cannot suffer the indignities prohibited by the amendment's protection of the accused's person and thoughts". [Emphasis added.]

caine est résumée dans le passage suivant de Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, à la p. 459:

[TRADUCTION] Sous réserve de cet obstacle de taille, il appert que la façon la plus logique de régler les litiges que soulève l'application des dispositions de la *Charte* aux sociétés est de les interpréter en fonction de leur objet. Même si l'on procède ainsi, on ne devrait pas conclure que l'article 13 s'applique aux sociétés en considérant que certains de leurs dirigeants sont la société aux fins de témoigner. Et ce, parce que le principe qu'un accusé ne devrait jamais être conscrit contre lui-même par son adversaire pour le vaincre ne s'étend pas aux sociétés d'une manière significative. Comme on l'affirme dans *Wigmore on Evidence* en rappelant la position américaine selon laquelle le privilège de ne pas s'incriminer ne s'applique pas aux sociétés «(c)e sentiment [. . .] est presque entièrement réservé aux personnes physiques.» Pourquoi? Parce qu'il se rapporte à la valeur intrinsèque des êtres humains et à la nécessité de leur accorder un droit significatif à la vie privée jusqu'à ce que soit soulevée la perspective réelle de leur culpabilité afin qu'ils soient véritablement libres. «(U)ne société, contrairement à un individu, ne peut subir les affronts qui sont interdits par la protection qu'offre l'amendement à la personne de l'accusé et à ses pensées». [Nous soulignons.]

40 It is now well settled that a corporation cannot avail itself of the protection afforded by s. 7 of the *Charter*. In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, this Court stated that the word "Everyone" in s. 7 excludes corporations and other artificial entities incapable of enjoying life, liberty or security of person, and includes only human beings. However, as was stated above in our analysis of testimonial compulsion, Branch and Levitt, as representatives of the corporation may receive the benefit of immunity protection in so far as they are personally implicated by their own evidence. Hence, the issue turns to the nature of the compulsion.

(ii) *Nature of the Compulsion*

41 As a preliminary matter, the issue in respect of these documents is whether their production can be

Il est maintenant bien établi qu'une société ne peut se prévaloir de la protection offerte par l'art. 7 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour affirme que le terme «Chacun», à l'art. 7, exclut les sociétés et toute autre entité morale qui ne peuvent jouir de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, et ne comprend que les êtres humains. Cependant, comme nous l'avons déjà mentionné dans notre analyse de la contrainte à témoigner, Branch et Levitt, en tant que représentants de la société en cause, peuvent bénéficier d'une immunité dans la mesure où ils sont personnellement compromis par leur propre témoignage. En conséquence, tout dépend de la nature de la contrainte.

(ii) *Nature de la contrainte*

À titre préliminaire, la question qui se pose relativement à ces documents est celle de savoir si leur

compelled in the investigative proceeding being conducted by the Commission and not their subsequent use. In *S. (R.J.)* the Court decided that with respect to oral testimony a witness who is subpoenaed to testify is entitled to raise compellability at the subpoena stage and, if compelled, to raise the matter again in subsequent proceedings against the witness in which the previous testimony may be used. In addition, if the subsequent proceeding is not stayed, the witness can object to any use of his or her previous testimony on the basis of the "but for" test. The "but for" test in *S. (R.J.)* does not apply to the subpoena stage. The "but for" test assumes that the witness has been compelled to testify and seeks to offer protection against self-incrimination by restricting the scope of subsequent use. The inquiry in issue in this appeal is not a subsequent proceeding necessitating resort to the "but for" test.

At the stage of compellability, therefore, like the oral testimony, the documents are compellable subject to a possible claim against their subsequent use under the "but for" test. That test is not applicable to determining their compellability. Moreover, the documents are not sought in a proceeding against the witness. Put another way, the "but for" test is a variant of the use immunity which is provided in s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. It takes over where that section leaves off providing greater use immunity. The circumstances under which they are applied, however, are the same. The witness must provide the evidence and rely on a prohibition with respect to its subsequent use for protection. To use the "but for" test when it is sought to introduce the document in the first instance would be analogous to using s. 5(2) to exclude a document in the same circumstances. In fact its purpose is the opposite.

production peut être forcée lors de l'enquête menée par la Commission, et non pas celle de leur utilisation subséquente. Dans l'arrêt *S. (R.J.)*, la Cour a décidé qu'en matière de témoignage oral la personne assignée à témoigner a le droit de soulever la question de la contraignabilité à l'étape de l'assignation et, si elle est contrainte de témoigner, à la soulever de nouveau lors de procédures ultérieures engagées contre elle, au cours desquelles le témoignage antérieur peut être utilisé. De plus, si les procédures ultérieures ne sont pas arrêtées, le témoin peut s'opposer à toute utilisation de son témoignage antérieur en se fondant sur le critère du «n'eût été». Le critère du «n'eût été», dont il est question dans l'arrêt *S. (R.J.)*, ne s'applique pas à l'étape de l'assignation. Ce critère tient pour acquis que le témoin a été contraint de témoigner et cherche à protéger contre l'auto-incrimination en restreignant la portée de l'utilisation subséquente de ce témoignage. L'enquête ici en cause n'est pas une procédure subséquente qui exige de recourir au critère du «n'eût été».

Donc lorsqu'il y a contraignabilité, la production des documents, à l'instar du témoignage oral, peut être forcée sous réserve d'un recours possible contre leur utilisation ultérieure en vertu du critère du «n'eût été». Ce critère ne saurait s'appliquer pour déterminer si on peut en forcer la production. De plus, on ne cherche pas à obtenir la production de documents dans des procédures engagées contre le témoin. En d'autres termes, le critère du «n'eût été» constitue une variante de l'immunité contre l'utilisation des éléments de preuve prévue au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Ce critère prend la relève là où ce paragraphe cesse de fournir une immunité contre l'utilisation plus grande de la preuve. Cependant, les circonstances dans lesquelles ils s'appliquent sont les mêmes. La personne doit témoigner et s'en remettre, pour sa protection, à une interdiction d'utilisation ultérieure de ce témoignage. Se servir du critère du «n'eût été» lorsque l'on cherche à produire un document au départ reviendrait à se servir du par. 5(2) pour écarter un document dans les mêmes circonstances. En fait, son objet est l'inverse.

43

Accordingly, so far as *S. (R.J.)* bears on this issue, the documents are properly compellable unless they are excluded on the basis of the principles mentioned above. The rationale both at common law and under s. 7 of the *Charter* for these principles is that in certain circumstances compellability would impinge on the right to silence. This right, however, attaches to communications that are brought into existence by the exercise of compulsion by the state and not to documents that contain communications made before such compulsion and independently thereof. The participation of the compelled witness in the process of production is a relevant consideration, in so far as the state may lack alternate means of acquiring of the information. This is a distinction that is well recognized in our law and is applied generally in the rules of privilege. For example, a solicitor-client privilege cannot be claimed for all documents that have passed between solicitor and client for the purpose of obtaining legal advice unless the documents were brought into existence for this purpose. If a document is not privileged when the party to litigation receives it, merely depositing a copy of the document with a party's solicitor or making a copy of that document by the solicitor for litigious purposes would not make it privileged: *Ventouris v. Mountain*, [1991] 3 All E.R. 472 (C.A.); *R. v. Wurm* (1979), 24 A.R. 380 (Alta. S.C.T.D.); and *Dubai Bank Ltd. v. Galadari*, [1989] 3 All E.R. 769 (C.A.).

44

In *Thomson Newspapers*, *supra*, Sopinka J. illustrated this distinction between communications brought into existence by the exercise of state compulsion, versus documents that contain communications made before and independently of such compulsion, by reference to the law relating to the execution of search warrants. At page 608, Sopinka J. stated:

It is a distinction that is made virtually every day in connection with police investigations. While suspects are entitled to remain silent, their documents may be seized by means of a search warrant under the *Criminal Code*. No right to remain silent or privilege against self-incrimination will avail to protect against seizure of the documents. Examples abound of the routine admission

En conséquence, dans la mesure où l'arrêt *S. (R.J.)* se rapporte à la présente question, on peut contraindre régulièrement la production des documents, sauf s'ils sont écartés en application des principes susmentionnés. La raison d'être de ces principes, tant en common law qu'en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, est que, dans certains cas, la contraignabilité empiéterait sur le droit de garder le silence. Cependant, ce droit se rattache aux communications faites par suite de la contrainte exercée par l'État, mais non aux documents qui renferment des communications faites avant cette contrainte et de façon indépendante de celle-ci. La participation du témoin forcé à la production est un facteur pertinent dans la mesure où il se peut que l'État n'ait pas d'autres moyens d'obtenir les renseignements. Il s'agit là d'une distinction bien reconnue dans notre droit et qui s'applique généralement dans les règles en matière de privilège. Par exemple, le secret professionnel de l'avocat ne saurait être invoqué pour tous les documents qui sont passés entre les mains de l'avocat et du client aux fins d'obtenir des conseils juridiques, sauf si ces documents ont été créés à cette fin. Si un document n'est pas privilégié lorsque la partie au litige le reçoit, le simple fait d'en déposer une copie auprès de l'avocat d'une partie ou que l'avocat en fasse une copie aux fins du litige ne le rendrait pas privilégié: *Ventouris c. Mountain*, [1991] 3 All E.R. 472 (C.A.), *R. c. Wurm* (1979), 24 A.R. 380 (C.S. 1^{re} inst. Alb.), et *Dubai Bank Ltd. c. Galadari*, [1989] 3 All E.R. 769 (C.A.).

Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, le juge Sopinka illustre, en fonction du droit applicable à l'exécution de mandats de perquisition, cette distinction entre les communications faites par suite de contrainte exercée par l'État et les documents qui renferment des communications faites avant cette contrainte et de façon indépendante de celle-ci. Le juge Sopinka affirme, à la p. 608:

Il s'agit d'une distinction qui est faite presque quotidiennement à l'égard d'enquêtes policières. Bien que les suspects aient le droit de garder le silence, leurs documents peuvent être saisis au moyen d'un mandat de perquisition décerné en vertu du *Code criminel*. Ni le droit de garder le silence ni le privilège de ne pas s'incriminer ne sert à protéger contre la saisie de documents. Les

of documentary evidence which has been seized: see for example *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Gaich* (1956), 24 C.R. 196 (Ont. C.A.); and *R. v. Hannam*, [1964] 2 C.C.C. 340 (N.S.C.A.)

We know of no instance in which it was suggested that the common law right to silence which protected communications by a suspect to the police extended to documents of a suspect.

This distinction is one that was made by Lamer J. (as he then was), in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, in relation to the admissibility of evidence obtained in a manner that violated the *Charter* under s. 24(2). That is a distinction which we have continued to make.

In some cases, the production of documents from the possession of a person may have communicative aspects. Possession of a document may permit an inference of knowledge of the contents of the document. See *R. v. Container Materials Ltd.*, [1940] 4 D.L.R. 293 (Ont. S.C.). Furthermore, if the party in possession has recognized, adopted or acted on the document an admission of acceptance of its contents as true may be inferred. See *R. v. Famous Players*, [1932] O.R. 307 (S.C.).

This aspect of the matter is, however, not of concern at the compellability stage. If the person subpoenaed is compelled to testify, then all communications including those arising from the production of documents will be compelled. If not compelled, the communications arising from production of documents would also not be compelled. The communicative aspects of the production of documents may, however, be of significance at the derivative evidence stage at which the witness seeks to exclude all evidence which would not have been obtained but for the compelled testimony. We are not, however, at that stage in this case and it would not be useful to try to elaborate on this aspect of the matter until it arises. We also leave for future consideration the relevance of the regulatory context in determining

exemples de la pratique courante qui consiste à admettre des éléments de preuve documentaire obtenus par voie de saisie abondent: voir, par exemple, *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, *R. v. Gaich* (1956), 24 C.R. 196 (C.A. Ont.), et *R. v. Hannam*, [1964] 2 C.C.C. 340 (C.A.N.-É.)

Nous ne connaissons aucun cas où on a laissé entendre que le droit de garder silence, reconnu en common law, qui protégeait les communications d'un suspect à la police, visait aussi les documents d'un suspect.

Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a fait cette distinction dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, relativement à l'admissibilité d'éléments de preuve obtenus d'une façon qui contrevenait à la *Charte* en vertu du par. 24(2). C'est une distinction que nous avons continué de faire.

Dans certains cas, la production de documents dont une personne a la possession peut comporter des aspects de communication. On peut déduire que la personne qui est en possession d'un document en connaît le contenu. Voir *R. c. Container Materials Ltd.*, [1940] 4 D.L.R. 293 (C.S. Ont.). De plus, si la partie qui en a la possession a reconnu ou accepté le document, ou encore agi sur la foi de celui-ci, on peut déduire qu'elle reconnaît l'exactitude de son contenu. Voir *R. c. Famous Players*, [1932] O.R. 307 (C.S.).

Cependant, cet aspect ne présente aucun intérêt à l'étape de la contraignabilité. Si la personne assignée est contrainte à témoigner, alors elle sera contrainte relativement à toutes les communications, y compris celles liées à la production de documents. Si elle ne l'est pas, elle ne sera pas non plus contrainte à l'égard des communications liées à la production de documents. Les aspects de communication que comporte la production de documents peuvent, cependant, être importants à l'étape de l'examen de la preuve dérivée, au cours de laquelle le témoin cherche à faire écarter tous les éléments de preuve qui n'auraient pas été obtenus n'eût été le témoignage forcé. Cependant, nous n'en sommes pas encore à cette étape en l'espèce et il ne serait pas utile de tenter de s'étendre davantage sur cet aspect de la question avant qu'il ne soit

45

46

47

48

the scope of s. 7 protection against self-incrimination in a case where the documents do not pre-exist the statutory compulsion to produce, but rather have been created by statutory compulsion.

2. Section 8 of the Charter

49 To reiterate, the issue raised by this portion of the appeal is whether s. 128(1) of the *Securities Act* infringes s. 8 of the *Charter*. The foundation for a s. 8 analysis was laid by Dickson J. (as he then was) in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. As Dickson J. stated, at pp. 159-60, one of the clear purposes of the *Charter* is the protection of the individual's reasonable expectation of privacy:

The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from "unreasonable" search and seizure, or positively as an entitlement to a "reasonable" expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement. [Emphasis in original.]

50 Dickson J. set forth several criteria which had to be met in order that a search be reasonable. These criteria were summarized by Wilson J. at p. 499 of *Thomson Newspapers*:

- (a) a system of prior authorization, by an entirely neutral and impartial arbiter who is capable of acting judicially in balancing the interests of the State against those of the individual;
- (b) a requirement that the impartial arbiter must satisfy himself that the person seeking the authorization has reasonable grounds, established under oath, to believe that an offence has been committed;
- (c) a requirement that the impartial arbiter must satisfy himself that the person seeking the authorization has

soulevé. Nous remettons également à plus tard l'examen de la pertinence du contexte réglementaire pour déterminer la portée de la garantie de l'art. 7 contre l'auto-incrimination dans un cas où les documents n'existent pas avant la contrainte légale à les produire, mais sont plutôt le fruit de cette contrainte.

2. L'article 8 de la Charte

De nouveau, nous précisons que la question soulevée dans cette partie du pourvoi est de savoir si le par. 128(1) de la *Securities Act* porte atteinte à l'art. 8 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a jeté les bases d'une analyse fondée sur l'art. 8. Comme il l'affirme aux pp. 159 et 160, l'un des objectifs clairs de la *Charte* est la protection des attentes raisonnables que le particulier a en matière de vie privée:

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives», ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre «raisonnablement» à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi. [Souligné dans l'original.]

Le juge Dickson énonce plusieurs critères qu'il faut respecter pour qu'une perquisition soit raisonnable et non abusive. Le juge Wilson les résume, à la p. 499 de l'arrêt *Thomson Newspapers*:

- a) une procédure d'autorisation préalable par un arbitre tout à fait neutre et impartial qui est en mesure d'agir de façon judiciaire en conciliant les intérêts de l'État et ceux de l'individu;
- b) une exigence que l'arbitre impartial s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables, établis sous serment, de croire qu'une infraction a été commise;
- c) une exigence que l'arbitre impartial s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des motifs rai-

reasonable grounds to believe that something which will afford evidence of the particular offence under investigation will be recovered; and

- (d) a requirement that the only documents which are authorized to be seized are those which are strictly relevant to the offence under investigation.

It is important to note, however, that these criteria were articulated in the context of an appeal concerning the validity of a section which was, in essence, criminal or *quasi*-criminal. It is clear that the context within which the alleged violation takes place must be considered, for it is the context which determines the expectation of privacy that is legitimately expected. The following comments of Wilson J. in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at p. 645, are instructive:

Since individuals have different expectations of privacy in different contexts and with regard to different kinds of information and documents, it follows that the standard of review of what is "reasonable" in a given context must be flexible if it is to be realistic and meaningful.

Therefore, it is clear that the standard of reasonableness which prevails in the case of a search and seizure made in the course of enforcement in the criminal context will not usually be the appropriate standard for a determination made in an administrative or regulatory context: *per* La Forest J. in *Thomson Newspapers*. The greater the departure from the realm of criminal law, the more flexible will be the approach to the standard of reasonableness. The application of a less strenuous approach to regulatory or administrative searches and seizures is consistent with a purposive approach to the elaboration of s. 8: *Thomson Newspapers*.

While the expectation of privacy with respect to criminal matters seems certain, the standard of reasonableness to be applied in the regulatory and administrative realm is less well defined. Wilson J. found in *McKinlay Transport*, at pp. 645-46, that the point was aptly made by A. D. Reid and A. H. Young in "Administrative Search and Seizure

sonnables de croire que l'on découvrira quelque chose qui fournira une preuve que l'infraction précise faisant l'objet de l'enquête a été commise; et

- d) une exigence que les seuls documents dont la saisie est autorisée soient ceux se rapportant strictement à l'infraction faisant l'objet de l'enquête.

Cependant, il importe de signaler que ces critères ont été formulés dans le contexte d'un pourvoi concernant la validité d'une disposition essentiellement de nature criminelle ou quasi criminelle. Il est clair qu'il faut examiner le contexte dans lequel aurait eu lieu la violation reprochée, car c'est lui qui détermine les attentes légitimes en matière de vie privée. Les commentaires suivants que le juge Wilson fait, dans l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, à la p. 645, sont intéressants:

Puisque les attentes des gens en matière de protection de leur vie privée varient selon les circonstances et les différents genres de renseignements et de documents exigés, il s'ensuit que la norme d'examen de ce qui est «raisonnable» dans un contexte donné doit être souple si on veut qu'elle soit réaliste et ait du sens.

En conséquence, il est clair que la norme du caractère raisonnable applicable dans le cas des fouilles, perquisitions et saisies effectuées dans le cadre de la mise en application du droit criminel ne sera généralement pas appropriée pour déterminer le caractère raisonnable dans un contexte administratif ou réglementaire: le juge La Forest dans l'arrêt *Thomson Newspapers*. Plus l'on s'éloignera du domaine du droit criminel, plus la façon d'aborder la norme du caractère raisonnable sera souple. Le recours à une façon moins rigide d'aborder les fouilles, perquisitions et saisies dans le contexte administratif ou réglementaire est conforme à une interprétation fondée sur l'objet de l'art. 8: *Thomson Newspapers*.

Bien que les attentes en matière de vie privée dans le cas d'affaires criminelles semblent certaines, la norme du caractère raisonnable à appliquer dans le contexte administratif ou réglementaire est moins bien définie. Dans l'arrêt *McKinlay Transport*, le juge Wilson conclut, aux pp. 645 et 646, que A. D. Reid et A. H. Young ont bien

51

52

53

Under the Charter" (1985), 10 *Queen's L.J.* 392, at pp. 398-99:

There are facets of state authority, generically associated with search or seizure, that are so intertwined with the regulated activity as to raise virtually no expectation of privacy whatsoever. . . . Other activities are regulated so routinely that there is virtually no expectation of privacy from state intrusion. Annual filing requirements for banks, corporations, trust companies, loan companies, and the like are inextricably associated with carrying on business under state licence.

There are other situations in which government intrusion cannot be as confidently predicted, yet the range of discretion extended to state officials is so wide as to create in the regulatee an expectation that he may be inspected or requested to provide information at some point in the future. This may arise in the form of an inspection carried out either on a "spot check" basis, or on the strength of suspected non-compliance. The search may be in the form of a request for information that is not prescribed as an annual filing requirement, but is required to be produced on a demand basis. For the most part, there is no requirement that these powers be exercised on belief or suspicion of non-compliance. Rather, they are based on the common sense assumption that the threat of unannounced inspection may be the most effective way to induce compliance. They are based on a view that inspection may be the only means of detecting non-compliance, and that its detection serves an important public purpose.

exposé ce point de vue dans leur article intitulé «Administrative Search and Seizure Under the Charter» (1985), 10 *Queen's L.J.* 392, aux pp. 398 et 399:

[TRADUCTION] Il y a des aspects de l'autorité de l'État, communément associée aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies, qui sont si étroitement liés à l'activité réglementée que ceux qui en font l'objet ne s'attendent pratiquement pas au respect de leur vie privée. [. . .] D'autres activités sont réglementées de façon si courante qu'on ne s'attend pratiquement pas à ce qu'elles soient protégées contre l'immixtion de l'État. L'obligation faite aux banques, aux sociétés, aux compagnies de fiducie et aux compagnies de prêt et autres organismes semblables de produire des déclarations annuelles fait inextricablement partie de l'exploitation de l'entreprise en vertu d'un permis de l'État.

Il existe d'autres situations où il n'est pas possible de prédire avec autant d'assurance l'immixtion de l'État et pourtant le pouvoir discrétionnaire accordé aux fonctionnaires est si étendu que ceux qui sont visés par un règlement s'attendent à faire l'objet d'une inspection ou à ce qu'on leur demande de fournir des renseignements à un moment donné. Il peut s'agir d'une inspection qui prend la forme d'un contrôle ponctuel ou qui a lieu parce qu'on soupçonne l'existence d'une violation. La fouille ou perquisition peut revêtir la forme d'une demande de renseignements qui n'ont pas à être fournis annuellement mais qui doivent être produits sur demande. Dans la plupart des cas, rien n'exige que ces pouvoirs soient exercés sur la foi d'une croyance ou d'un soupçon qu'il y a eu violation. Ils se fondent plutôt sur l'hypothèse logique que la menace d'une inspection imprévue peut constituer l'incitation la plus efficace au respect de la loi. Ces pouvoirs se fondent sur l'opinion que l'inspection peut être le seul moyen de découvrir les violations et que cette découverte répond à un objectif public important.

54

Thus, it is incumbent that an examination of the nature of the securities context be undertaken. As mentioned above, the primary goal of securities legislation is the protection of the investor, but other goals include capital market efficiency and ensuring public confidence in the system. In *Pezim, supra*, the Court noted that the British Columbia *Securities Act* is regulatory in nature and stated at p. 589 that it forms part of a much larger

Ainsi, il faut procéder à un examen de la nature du contexte des valeurs mobilières. Comme nous l'avons déjà mentionné, la législation sur les valeurs mobilières vise avant tout à protéger l'investisseur, mais aussi, notamment, à assurer le rendement du marché des capitaux et la confiance du public dans le système. Dans l'arrêt *Pezim*, précité, notre Cour souligne, à la p. 589, que la *Securities Act* de la Colombie-Britannique est une loi de

framework which regulates the securities industry throughout Canada:

Within this large framework of securities regulation, there are various government administrative agencies which are responsible for the securities legislation within their respective jurisdictions. The [British Columbia Securities] Commission is one such agency. Also within this large framework are self-regulatory organizations which possess the power to admit and discipline members and issuers. The [Vancouver Stock Exchange] falls under this head. Having regard to this rather elaborate framework, it is not surprising that securities regulation is a highly specialized activity which requires specific knowledge and expertise in what have become complex and essential capital and financial markets.

With this in mind, the obvious question becomes what degree of privacy can those subject to investigation under the British Columbia *Securities Act* reasonably expect in respect of activities and matters with which such investigations may be concerned. The relevant provisions of the Act are reproduced below for ease of analysis.

128. (1) An investigator appointed under section 126 or 131 has the same power

- (a) to summon and enforce the attendance of witnesses,
- (b) to compel witnesses to give evidence on oath or in any other manner, and
- (c) to compel witnesses to produce records and things

as the Supreme Court has for the trial of civil actions, and the failure or refusal of a witness

- (d) to attend,
- (e) to take an oath,
- (f) to answer questions, or
- (g) to produce the records and things in his custody or possession

makes the witness, on application to the Supreme Court, liable to be committed for contempt as if in breach of an order or judgment of the Supreme Court.

nature réglementaire et qu'elle s'inscrit dans un régime beaucoup plus général de réglementation du secteur des valeurs mobilières au Canada:

À l'intérieur de ce grand régime de réglementation des valeurs mobilières, il existe divers organismes gouvernementaux responsables de l'application des lois sur les valeurs mobilières dans leur ressort respectif. C'est la fonction de la [British Columbia Securities] Commission. Il y a également des organismes autonomes qui possèdent le pouvoir d'inscrire des membres et des émetteurs et d'assurer la discipline. C'est le rôle de la [Bourse de Vancouver]. Compte tenu de cette toile de fond plutôt compliquée, il n'est pas étonnant que la réglementation des valeurs mobilières soit une activité fort spécialisée qui exige des connaissances et une expertise particulières du domaine complexe et essentiel des marchés financiers.

Ceci dit, la question évidente est de savoir quel est le degré de vie privée auquel les personnes qui font l'objet d'une enquête en vertu de la *Securities Act* de la Colombie-Britannique peuvent raisonnablement s'attendre relativement aux activités et aux questions sur lesquelles peuvent porter ces enquêtes. Pour faciliter l'analyse, nous reproduisons ci-après les dispositions pertinentes de la Loi:

[TRADUCTION] **128.** (1) Un enquêteur nommé en vertu des articles 126 ou 131 est investi du même pouvoir

- a) d'assigner des témoins et de les obliger à comparaître,
- b) d'obliger des personnes à témoigner sous serment ou autrement, et
- c) d'obliger des témoins à produire des dossiers et des objets

que celui qui est conféré à la Cour suprême en matière d'actions civiles, et toute personne qui omet ou refuse

- d) de comparaître,
- e) de prêter serment,
- f) de répondre à des questions, ou
- g) de produire les dossiers et objets dont elle a la garde ou la possession

peut, sur requête à la Cour suprême, être condamnée pour outrage au même titre que si elle avait omis de se conformer à une ordonnance ou à un jugement de cette cour.

56

It is clear that in numerous instances a regulatory regime will be needed in order to act as a check on an individual's self-interest. There are surely times when one's own motivations and objective are not of benefit to society on a wider scale. As we have already mentioned, the primary goal of securities regulation is the protection of the investing public. The importance of this goal, as against the reasonable expectation of privacy of securities traders, is what we are considering here. At this intersection, the words of our colleague, La Forest J., in *Thomson Newspapers, supra*, at pp. 506-7, ring particularly true:

But the degree of privacy the citizen can reasonably expect may vary significantly depending upon the activity that brings him or her into contact with the state. In a modern industrial society, it is generally accepted that many activities in which individuals can engage must nevertheless to a greater or lesser extent be regulated by the state to ensure that the individual's pursuit of his or her self-interest is compatible with the community's interest in the realization of collective goals and aspirations. In many cases, this regulation must necessarily involve the inspection of private premises or documents by agents of the state. The restaurateur's compliance with public health regulations, the employer's compliance with employment standards and safety legislation, and the developer's or homeowner's compliance with building codes or zoning regulations, can only be tested by inspection, and perhaps unannounced inspection, of their premises. Similarly, compliance with minimum wage, employment equity and human rights legislation can often only be assessed by inspection of the employer's files and records.

57

There are areas of business, for example, that are subject to regulation as a matter of course. Persons who carry on the business of trading in securities realize that the industry is heavily regulated and for good reason. It is a crucial part of our economy that is at stake. In *Pezim, supra*, at pp. 592-93, this Court relied on the following position articulated by Fauteux J. in *Gregory & Co. v. Que-*

Il est évident que dans de nombreux cas, un régime de réglementation sera nécessaire pour réprimer les intérêts des particuliers. Il arrive sûrement que la motivation et l'objectif de quelqu'un ne bénéficient pas à l'ensemble de la société. Comme nous l'avons déjà mentionné, la réglementation des valeurs mobilières vise avant tout la protection du public investisseur. Ce qui nous intéresse en l'espèce c'est l'importance de cet objectif par rapport aux attentes raisonnables que les négociateurs de valeurs mobilières ont en matière de vie privée. À ce stade, les propos que notre collègue le juge La Forest tient, aux pp. 506 et 507 de l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, sonnent particulièrement juste:

Mais ce degré de vie privée auquel le citoyen peut raisonnablement s'attendre peut varier considérablement selon les activités qui le mettent en contact avec l'État. Dans une société industrielle moderne, on reconnaît généralement que de nombreuses activités auxquelles peuvent se livrer des particuliers doivent malgré tout être plus ou moins réglementées par l'État pour veiller à ce que la poursuite des intérêts des particuliers soit compatible avec les intérêts de la collectivité dans la réalisation des buts et des aspirations collectifs. Dans de nombreux cas, cette réglementation doit nécessairement comporter l'inspection de lieux ou de documents de nature privée par des fonctionnaires de l'État. Pour vérifier si le restaurateur se conforme à la réglementation sur la santé publique, si l'employeur se conforme à la législation sur les normes et la sécurité du travail et si le promoteur ou le propriétaire se conforme au code du bâtiment ou aux règlements de zonage, il n'existe que l'inspection des lieux, et encore celle qui est faite à l'improviste. De même, il arrive fréquemment que le respect des lois sur le salaire minimum, sur l'équité en matière d'emploi et sur les droits de la personne ne puisse être vérifié que par inspection des dossiers et archives de l'employeur.

Par exemple, il y a des secteurs d'activités qui sont bien entendu réglementés. Les personnes qui effectuent des opérations sur valeurs mobilières comprennent que ce secteur est fortement réglementé, et ce, pour de bonnes raisons. C'est un secteur crucial de notre économie qui est en jeu. Aux pages 592 et 593 de l'arrêt *Pezim*, précité, notre Cour se fonde sur le point de vue formulé par le

bec Securities Commission, [1961] S.C.R. 584, at p. 588:

The paramount object of the Act is to ensure that persons who, in the province, carry on the business of trading in securities or acting as investment counsel, shall be honest and of good repute and, in this way, to protect the public, in the province or elsewhere, from being defrauded as a result of certain activities initiated in the province by persons therein carrying on such a business.

In our opinion, persons involved in the business of trading securities do not have a high expectation of privacy with respect to regulatory needs that have been generally expressed in securities legislation. It is widely known and accepted that the industry is well regulated. Similarly, it is well known why the industry is so regulated. The appellants in this case were well aware of the dictates of the *Securities Act*. Once again, we rely on the words of La Forest J. at p. 507 of *Thomson Newspapers*:

It follows that there can only be a relatively low expectation of privacy in respect of premises or documents that are used or produced in the course of activities which, though lawful, are subject to state regulation as a matter of course. In a society in which the need for effective regulation of certain spheres of private activity is recognized and acted upon, state inspection of premises and documents is a routine and expected feature of participation in such activity. As A. D. Reid and A. H. Young point out in their article "Administrative Search and Seizure Under the Charter" (1985), 10 *Queen's L.J.* 392, at p. 399, there is a "large circle of social and business activity in which there is a very low expectation of privacy", and in which the "issue is not *whether*, but rather when, how much, and under what conditions information must be disclosed to satisfy the state's legitimate requirements".

Hence, the *Securities Act* is essentially a scheme of economic regulation which is designed to discourage detrimental forms of commercial behaviour. The provisions provided by the legislature are pragmatic sanctions designed to induce compli-

juge Fauteux dans l'arrêt *Gregory & Co. c. Quebec Securities Commission*, [1961] R.C.S. 584, à la p. 588:

[TRADUCTION] L'objet prépondérant de la loi est d'assurer que les personnes qui, dans la province, exercent le commerce des valeurs mobilières ou qui agissent comme conseillers en placement, sont honnêtes et de bonne réputation et, ainsi, de protéger le public, dans la province ou ailleurs, contre toute fraude consécutive à certaines activités amorcées dans la province par des personnes qui y exercent ce commerce.

À notre avis, les personnes qui effectuent des opérations sur valeurs mobilières n'ont pas des attentes élevées en matière de vie privée relativement au besoin de réglementation généralement exprimé dans les lois sur les valeurs mobilières. Il est généralement reconnu que ce secteur est bien réglementé. De même, on sait bien pourquoi il est ainsi réglementé. Les appelants en l'espèce sont bien au courant des préceptes de la *Securities Act*. De nouveau, nous nous fondons sur les propos tenus par le juge La Forest, à la p. 507 de l'arrêt *Thomson Newspapers*:

Il s'ensuit que les attentes des particuliers ne peuvent être très élevées quant au respect de leur droit à la vie privée dans le cas de lieux ou de documents utilisés ou produits dans l'exercice d'activités qui, bien que légales, sont normalement réglementées par l'État. Dans une société où l'on reconnaît le besoin de réglementer efficacement certains domaines d'activités privées et où l'on y donne suite, l'inspection de lieux et de documents par l'État est un aspect routinier auquel les particuliers s'attendent en exerçant cette activité. Comme A. D. Reid et A. H. Young le soulignent dans leur article «Administrative Search and Seizure Under the Charter» (1985), 10 *Queen's L.J.* 392, à la p. 399, il existe un [TRADUCTION] «large éventail d'activités sociales et commerciales dans lesquelles on s'attend très peu au respect de la vie privée», et où la [TRADUCTION] «question n'est pas de savoir *si* les renseignements doivent être divulgués pour satisfaire aux exigences légitimes de l'État, mais plutôt de déterminer le moment, l'étendue et les conditions de la divulgation».

En conséquence, la *Securities Act* est essentiellement un régime de réglementation économique destiné à décourager les formes préjudiciables de comportement commercial. Les dispositions adoptées par la législature sont des sanctions pragma-

58

59

ance with the Act. After all, the Act is really aimed at regulating certain facets of the economy and business. This has obvious implications for the nation's material prosperity: *Thomson Newspapers*. As such, the effective implementation of securities legislation depends on the willingness of those who choose to engage in the securities trade to comply with the defined standards of conduct. In this respect, we fully agree with Wilson J.'s comments that "[a]t some point the individual's interest in privacy must give way to the broader state interest in having the information or document disclosed": *Thomson Newspapers*, at p. 495.

tiques destinées à inciter au respect de la Loi. Après tout, la Loi vise vraiment à réglementer certaines facettes de l'économie et des affaires. Cela a des répercussions évidentes sur la prospérité matérielle de la nation: *Thomson Newspapers*. Alors, l'efficacité de la mise en œuvre des lois en matière de valeurs mobilières dépend de la volonté qu'ont les gens qui choisissent d'effectuer des opérations sur ce marché de respecter les normes de conduite établies. À cet égard, nous sommes tout à fait d'accord avec le commentaire du juge Wilson, selon lequel «[i]l vient en effet un moment où le droit de l'individu au respect de sa vie privée doit céder le pas à l'intérêt plus grand qu'a l'État à ce que soient communiqués des renseignements ou un document»: *Thomson Newspapers*, à la p. 495.

60 Of equal importance is the nature of the seizure authorized by the *Securities Act*. The demand for the production of documents contained in the summonses is one of the least intrusive of the possible methods which might be employed to obtain documentary evidence. The importance of this distinction was stressed in *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416. At page 443, the Court adopted the following statement from the reasons of Wilson J. *McKinlay Transport, supra*, at pp. 649-50:

Tout aussi importante est la nature de la saisie autorisée par la *Securities Act*. La demande de production de documents contenue dans les assignations est l'une des méthodes les moins envahissantes auxquelles on puisse recourir pour obtenir une preuve documentaire. L'importance de cette distinction a été soulignée dans *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416. À la page 443, la Cour adopte l'énoncé suivant tiré des motifs du juge Wilson dans *McKinlay Transport*, précité, aux pp. 649 et 650:

In my opinion, s. 231(3) provides the least intrusive means by which effective monitoring of compliance with the *Income Tax Act* can be effected. It involves no invasion of a taxpayer's home or business premises. It simply calls for the production of records which may be relevant to the filing of an income tax return.

À mon sens, le par. 231(3) prescrit la méthode la moins envahissante pour contrôler efficacement le respect de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Elle n'entraîne pas la visite du domicile ni des locaux commerciaux du contribuable, elle exige simplement la production de documents qui peuvent être utiles au dépôt des déclarations d'impôt sur le revenu.

61 In *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145, it was stated that, "[t]he question of whether the seizure was unreasonable can be disposed of simply. In the absence of prior judicial authorization, a search or seizure will be unreasonable unless it is authorized by law, the law itself is reasonable and the manner in which the search was carried out is reasonable" (p. 165). In this case, the outstanding issue is whether the law is reasonable: *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, *R. v. Collins, supra*, and *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263. As we have indicated above, the *Securities Act* serves an important social

Dans l'arrêt *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145, on affirme que «[l]a réponse à la question de savoir si la saisie était abusive est simple. En l'absence d'une autorisation judiciaire préalable, une fouille, perquisition ou saisie sera abusive sauf si elle est permise par la loi, si la loi est elle-même raisonnable et si la façon dont la fouille ou la perquisition a été effectuée est raisonnable» (p. 165). En l'espèce, la question à trancher est de savoir si la loi est raisonnable: *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, *R. c. Collins*, précité, et *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263. Comme nous l'avons déjà

purpose and the social utility of such legislation justifies the minimal intrusion that the appellants may face. The law in question, is therefore, reasonable.

As our final point, we note the distinction between business records and personal papers. We are of the view that in order to determine the relative privacy rights that attach, the type of document at issue is important. Documents produced in the course of a business which is regulated have a lesser privacy right attaching to them than do documents that are, strictly speaking, personal. Again, the words of La Forest J. in *Thomson Newspapers*, at pp. 517-18, are helpful:

While such records are not devoid of any privacy interest, it is fair to say that they raise much weaker privacy concerns than personal papers. The ultimate justification for a constitutional guarantee of the right to privacy is our belief, consistent with so many of our legal and political traditions, that it is for the individual to determine the manner in which he or she will order his or her private life. . . . But where the possibility of such intervention is confined to business records and documents, the situation is entirely different. These records and documents do not normally contain information about one's lifestyle, intimate relations or political or religious opinions. They do not, in short, deal with those aspects of individual identity which the right of privacy is intended to protect from the overbearing influence of the state. On the contrary, as already mentioned, it is imperative that the state have power to regulate business and the market both for economic reasons and for the protection of the individual against private power. Given this, state demands concerning the activities and internal operations of business have become a regular and predictable part of doing business. Under these circumstances, I cannot see how there would be a very high expectation of privacy in respect of records and documents in which this information is contained.

Therefore, we conclude that those who are ordered under s. 128(1) of the *Securities Act* "to produce records and things" can claim only a limited expectation of privacy in respect of these

indiqué, la *Securities Act* sert une fin sociale importante et l'utilité sociale d'une telle loi justifie l'atteinte minimale dont peuvent être victimes les appelants. La loi en question est donc raisonnable.

Enfin, nous soulignons la distinction qui existe entre les dossiers d'entreprise et les documents personnels. Nous sommes d'avis que le genre de document en cause est important pour déterminer les droits relatifs en matière de vie privée qui s'y rattachent. Les documents constitués dans le cadre d'une entreprise réglementée sont assortis d'un droit à la vie privée moindre que les documents qui sont strictement personnels. Encore une fois, les propos que le juge La Forest tient, aux pp. 517 et 518 de l'arrêt *Thomson Newspapers*, sont utiles:

Bien que ces dossiers ne soient pas dépourvus d'intérêt de nature privée, il est raisonnable de dire qu'ils soulèvent des préoccupations beaucoup moins importantes que les documents personnels. L'argument suprême à l'appui d'une garantie constitutionnelle du droit au respect de la vie privée repose sur notre conviction, conforme à tant de nos traditions juridiques et politiques, qu'il appartient à l'individu de déterminer la façon dont il mènera sa vie privée. [. . .] Mais lorsque la possibilité d'une telle intervention est restreinte aux dossiers et documents de l'entreprise, la situation est tout à fait différente. Ces dossiers et documents ne contiennent habituellement pas de renseignements relatifs au mode de vie d'une personne, à ses relations intimes ou à ses convictions politiques ou religieuses. Bref, ils ne traitent pas de ces aspects de l'identité personnelle que le droit à la vie privée vise à protéger de l'influence envahissante de l'État. Au contraire, comme je l'ai déjà souligné, il est impératif que l'État ait le pouvoir de réglementer le commerce et le marché tant pour des raisons économiques que pour protéger l'individu d'un pouvoir de nature privée. Cela étant dit, les demandes de l'État relatives aux activités et aux opérations internes des entreprises sont maintenant choses courantes et prévisibles en matière commerciale. Compte tenu de ces circonstances, je ne crois pas qu'il puisse y avoir de très grandes attentes en matière de vie privée à l'égard des dossiers et des documents qui contiennent des renseignements de cette nature.

En conséquence, nous concluons que les personnes qui se voient ordonner, en vertu du par. 128(1) de la *Securities Act*, de [TRADUCTION] «produire des dossiers et des objets» ne peuvent faire

materials. The operative question becomes whether s. 128(1) unreasonably infringes on this limited expectation of privacy.

64 In our view it does not. We have already mentioned that in a highly regulated industry, such as the securities market, the individual is aware, and accepts, justifiable state intrusions. All those who enter into this market know or are deemed to know the rules of the game. As such, an individual engaging in such activity has a low expectation of privacy in business records. In fact, "there will be instances in which an individual will have no privacy interest or expectation in a particular document or article required by the state to be disclosed": *McKinlay Transport, supra*, at pp. 641-42. Under such circumstances, the state authorized inspection of documents under s. 128(1) of the *Securities Act* does not violate s. 8 of the *Charter*.

VI. Disposition

65 We thus answer the constitutional questions as follows:

1. [Does] s. 128(1) of the *Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83, infringe[] ss. 7 or 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer is yes, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law, and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

66 We would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

67 L'HEUREUX-DUBÉ J. — I agree with Sopinka and Iacobucci JJ. that this appeal should be dismissed and I would answer the constitutional ques-

valoir que des attentes restreintes en matière de vie privée relativement à ceux-ci. La question utile est alors de savoir si le par. 128(1) empiète de façon abusive sur ces attentes limitées en matière de vie privée.

Nous sommes d'avis que non. Nous avons déjà mentionné que, dans un secteur fortement réglementé comme le marché des valeurs mobilières, le particulier est conscient qu'une certaine ingérence de l'État est justifiable et accepte cet état de choses. Toutes les personnes qui gagnent ce marché connaissent ou sont réputées connaître les règles du jeu. Alors, une personne qui se livre à une telle activité a peu d'attentes en matière de vie privée pour ce qui est de ses dossiers d'entreprise. En fait, «[i]l arrive sans aucun doute qu'un particulier n'a aucun intérêt ni aucune attente à ce que soit protégé un document ou un article particulier dont l'État réclame la production»: *McKinlay Transport*, précité, à la p. 642. Dans ces circonstances, l'inspection de documents, autorisée par l'État en vertu du par. 128(1) de la *Securities Act*, ne porte pas atteinte à l'art. 8 de la *Charte*.

VI. Dispositif

En conséquence, nous répondons ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Le paragraphe 128(1) de la *Securities Act*, S.B.C. 1985, ch. 83, porte-t-il atteinte aux art. 7 ou 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?

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

Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Je suis d'accord avec les juges Sopinka et Iacobucci pour dire qu'il y a lieu de rejeter le présent pourvoi, et je répon-

tion in the manner they propose. I agree with their analysis and conclusions regarding s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, given my concurring reasons in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, and in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, I feel bound to make the following additional comments with respect to the application of s. 7 of the *Charter*.

A. Self-Incrimination and Section 7 of the Charter

The English House of Lords in *R. v. Director of Serious Fraud Office, Ex parte Smith*, [1993] A.C. 1, at pp. 31-32, recently identified the following four rationales as underlying the immunities stemming from the principle against self-incrimination:

1. An assertion of personal liberty and privacy;
2. A long history of reaction against abuses of judicial interrogation, notably by the Star Chamber and the Council;
3. Instincts about rules of fair play; and
4. The desire to minimize the risk that an accused will be convicted on the strength of an extra-judicial confession.

In my reasons in *S. (R.J.)*, *supra*, I also explored the first principles underlying much of the *Charter* and common law, including the right to silence and the principle against self-incrimination. I concluded that the main rationale in Canada for the devout protection at common law against self-incrimination was concern over the reliability of the compelled evidence, and its potential to mislead a trier of fact. Although notions of individual dignity, fairness and privacy were also relevant to the inquiry, I preferred to treat these notions separately, within the rubric of fundamental fairness. As such, I sought to elaborate upon an approach to self-incrimination that was tailored to the type of rationale engaged by the impugned conduct (i.e.,

drais à la question constitutionnelle de la même façon qu'ils le font. Je souscris à leur analyse et à leurs conclusions concernant l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cependant, à la lumière de mes motifs concordants dans l'arrêt *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, et 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, je me sens obligée de faire les commentaires additionnels qui suivent relativement à l'application de l'art. 7 de la *Charte*.

A. L'auto-incrimination et l'art. 7 de la Charte

La Chambre des lords d'Angleterre, dans *R. c. Director of Serious Fraud Office, Ex parte Smith*, [1993] A.C. 1, aux pp. 31 et 32, a récemment identifié les quatre principes suivants qui sous-tendent les immunités découlant du principe interdisant l'auto-incrimination:

1. Une affirmation de la liberté et de la vie privée de la personne;
2. Le long historique de réactions contre les abus de l'interrogation judiciaire, notamment par la Chambre Étoilée et le Conseil;
3. Ce qui constitue instinctivement les règles du franc-jeu; et
4. Le désir de minimiser le risque qu'un accusé soit déclaré coupable sur la foi d'aveux extrajudiciaires.

Dans mes motifs dans l'arrêt *S. (R.J.)*, précité, j'ai aussi examiné les principes de base qui sous-tendent une bonne partie de la *Charte* et de la common law, dont le droit de garder le silence et le principe interdisant l'auto-incrimination. J'ai conclu que la principale justification, en common law au Canada, de la protection sacrée contre l'auto-incrimination est une préoccupation quant à la fiabilité d'un témoignage fait sous la contrainte, et le risque qu'il induise en erreur le juge des faits. Malgré que les notions de dignité, d'équité et de vie privée de la personne soient également pertinentes à cet égard, j'ai préféré les traiter séparément, sous la rubrique de l'équité fondamentale. J'ai donc cherché à élaborer une approche à l'auto-incrimi-

reliability considerations as opposed to fairness considerations). Given the importance of balancing societal and individual interests as carefully as possible within s. 7 of the *Charter*, I preferred to steer clear of any universal application of the principle against self-incrimination that might, as a consequence, be overbroad.

69 I then analyzed derivative evidence against the underlying rationales of reliability and fairness. I concluded that where evidence is conscripted by the state yet is not communicative in nature, concerns about the use of that evidence at trial relate not to the reliability of that evidence or its potential to mislead, but rather to notions of privacy, dignity and fairness to the individual. Since compelled testimony may not, by virtue of s. 13 of the *Charter*, be used to prove the relevance at trial of evidence derived from the compelled testimony, it follows that derivative evidence will only be admissible if it can be independently and reliably connected to the individual accused. As such, although derivative evidence is incriminating, it is not self-incriminating in the sense envisioned by our common law and our principles of fundamental justice, because it does not potentially engage reliability interests.

70 Since derivative evidence is not *per se* in violation of the principles of fundamental justice, I concluded that any objection to its use at trial must relate to the manner in which it was obtained rather than to the fact that it exists. Thus, any residual s. 7 protections governing the use of such evidence at trial should develop in a manner consistent with the underlying notions of dignity and fairness rather than out of any abstract and potentially overbroad principle against self-incrimination.

71 In my reasons in *S. (R.J.)*, I identified two stages at which s. 7 concerns might be addressed. The first stage is the subpoena stage (the time the wit-

nation qui soit adaptée au type de justification qu'implique la conduite attaquée (soit des considérations de fiabilité par rapport à des considérations d'équité). Compte tenu de l'importance de soupeser les intérêts de la société et ceux des individus de façon aussi minutieuse que possible en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, j'ai préféré éviter toute application universelle du principe interdisant l'auto-incrimination qui pourrait autrement être trop large.

J'ai ensuite analysé les éléments de preuve dérivée par rapport aux principes sous-jacents de fiabilité et d'équité. J'ai conclu que, dans les cas où la preuve est conscrite par l'État mais n'est pas de nature communicative, les préoccupations quant à son utilisation au procès n'ont pas trait à la fiabilité de cette preuve ni au risque qu'elle induise en erreur, mais plutôt aux notions de vie privée, de dignité et d'équité pour la personne. Puisqu'en vertu de l'art. 13 de la *Charte*, le témoignage fait sous la contrainte ne peut être utilisé au procès pour établir la pertinence d'éléments de preuve découlant de ce témoignage, il s'ensuit que la preuve dérivée ne sera admissible que si elle peut être reliée de façon indépendante et fiable à la personne accusée. C'est pourquoi, bien que la preuve dérivée soit incriminante, elle n'est pas auto-incriminante au sens envisagé par notre common law et nos principes de justice fondamentale, parce qu'elle ne risque pas de faire intervenir la notion de fiabilité.

Puisque la preuve dérivée ne viole pas en soi les principes de justice fondamentale, j'ai conclu que toute objection quant à son utilisation au procès doit se rapporter à la façon dont elle a été obtenue plutôt qu'au fait qu'elle existe. En conséquence, toute garantie résiduelle fondée sur l'art. 7 qui régit l'utilisation d'une telle preuve au procès devrait se faire d'une façon compatible avec les notions sous-jacentes de dignité et d'équité plutôt qu'en fonction de quelque principe abstrait interdisant l'auto-incrimination qui risque d'être trop général.

Dans mes motifs dans l'arrêt *S. (R.J.)*, j'ai identifié deux étapes au cours desquelles il serait possible d'examiner des préoccupations fondées sur

ness is compelled). At this stage, the possibility of imprisonment flowing from a failure to testify is sufficient to trigger s. 7 protection. Where the witness can demonstrate at that time that, under the circumstances, it would be fundamentally unfair to require that he testify at all, then the principles of fundamental justice under s. 7 require that he not be compellable. The second stage that I identified in *S. (R.J.)* was the trial stage (the time the witness is tried). Again, at this stage, protections under s. 7 will only be triggered if the witness can demonstrate that he or she faces the possibility of a deprivation of life, liberty or security of the person as a result of the proceeding. In *S. (R.J.)*, I noted that it would be open to an individual at the trial stage under such circumstances to demonstrate fundamentally unfair conduct by the Crown in its prior examinations of the witness.

The determination of whether there is a s. 7 violation at the subpoena stage is necessarily interrelated with the applicability of s. 7 at the trial stage. As I observed in *S. (R.J.)*, since the fairness concerns underlying self-incrimination and the right to silence ultimately relate to the proceeding at which the individual is to be tried (see also *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at pp. 362-63), it necessarily follows that the likelihood that an individual will actually face a charge involving a deprivation of liberty must be an important factor in the determination of compellability at the subpoena stage. Where there is no possibility that the individual may be deprived of liberty at the subsequent proceeding, then this individual cannot claim on the basis of s. 7 of the *Charter* that it would be fundamentally unfair to compel his or her testimony at the subpoena stage. As a corollary, the less proximate the possibility of a deprivation of liberty in the subsequent proceeding, the less likely it is that the fact of testimonial compulsion will, itself, be fundamentally unfair. For these reasons, and in light of my discussion in *S. (R.J.)* on the speculative nature of many of the other considera-

l'art. 7. La première est celle du subpoena (le moment où une contrainte est exercée sur le témoin). À cette étape, le risque d'emprisonnement découlant de l'omission de témoigner suffit à déclencher l'application de la garantie de l'art. 7. Si le témoin peut, à cette étape, démontrer qu'il serait, en l'occurrence, fondamentalement inéquitable de l'obliger à témoigner, alors, selon les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7, il ne doit pas être contraint de le faire. La deuxième étape que j'ai identifiée dans *S. (R.J.)* est celle du procès (le moment où le témoin subit son procès). Encore une fois, à cette étape, les garanties visées à l'art. 7 ne s'appliqueront que si le témoin peut démontrer qu'il risque de subir une atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne en raison des procédures engagées contre lui. Dans l'arrêt *S. (R.J.)*, j'ai fait remarquer qu'il serait loisible à une personne à l'étape du procès, dans de telles circonstances, de démontrer que le ministère public s'est conduit d'une façon fondamentalement inéquitable lors de ses interrogatoires antérieurs du témoin.

La question de savoir s'il y a violation de l'art. 7 à l'étape du subpoena et celle de l'applicabilité de cette disposition à l'étape du procès sont nécessairement interreliées. Comme je l'ai fait remarquer dans *S. (R.J.)*, puisque le souci d'équité qui sous-tend le droit de ne pas s'incriminer et celui de garder le silence se rapporte en fin de compte aux procédures dans le cadre desquelles la personne doit subir son procès (voir aussi l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, aux pp. 362 et 363), il s'ensuit nécessairement que la probabilité qu'une personne fasse l'objet d'une accusation impliquant une atteinte à sa liberté doit jouer un rôle important dans la détermination de la contraignabilité à l'étape du subpoena. S'il n'y a aucun risque que la personne subisse une atteinte à sa liberté au cours des procédures subséquentes, elle ne peut soutenir, en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, qu'il serait fondamentalement inéquitable de la contraindre à témoigner à l'étape du subpoena. Comme corollaire, moins le risque d'atteinte à la liberté dans les procédures subséquentes est immédiat, moins il est probable que la contrainte à témoigner sera fondamentalement inéquitable en soi. Pour ces motifs et

tions relating to determinations at the subpoena stage, the subpoena will only be quashed at the subpoena stage in the clearest of cases. I note that this now appears to be the conclusion of my colleagues Sopinka and Iacobucci JJ. as well.

B. Testimonial Compulsion

1. The "Subpoena Stage"

73

The appellants in this case argue that any proceeding under any statute which exposes a person to penal consequences and which denies that person the right to silence and the privilege against self-incrimination violates s. 7 of the *Charter*. They further submit that if a proceeding is designed or can be used to conscript a person against him or herself and true penal consequences can result, then the proceedings are in violation of s. 7. They therefore ask this Court either to recognize a right to silence on the part of the directors sought to be compelled by the British Columbia Securities Commission or to replace this protection with a protection that is co-extensive with that protection — derivative evidence immunity. In many ways, their arguments embody much of what Wilson J. referred to in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, as the "abstract approach" to the *Charter*, for their arguments attach much importance to the abstract values of self-incrimination and right to silence without attempting to relate those values to the context in which they arise. The respondent and the interveners, by contrast, urge a more contextual examination of the question, which focuses on the nature of the securities industry as well as on the methods available to regulators to carry out their mandate of providing effective protection to the public against unscrupulous or misleading practices by market participants.

74

My colleagues Sopinka and Iacobucci JJ. state that a witness will not be compellable where the

compte tenu de mon analyse dans l'arrêt *S. (R.J.)* concernant le caractère conjectural d'un bon nombre des autres considérations relatives aux décisions à prendre à l'étape du subpoena, ce n'est que dans les cas les plus manifestes qu'il y aura annulation du subpoena à l'étape du subpoena. Je note que ceci paraît maintenant être la conclusion de mes collègues les juges Sopinka et Iacobucci.

B. La contrainte à témoigner

1. L'«étape du subpoena»

Les appelants, dans la présente affaire, soutiennent qu'il y a violation de l'art. 7 de la *Charte* lorsque des procédures sont intentées contre une personne en vertu d'une loi qui l'expose à des conséquences pénales et qui la prive du droit de garder le silence et du privilège de ne pas s'incriminer. Ils soutiennent également qu'il y a violation de l'art. 7 lorsque des procédures sont conçues ou peuvent être utilisées pour conscrire une personne contre elle-même et qu'il peut en résulter de véritables conséquences pénales. Ils demandent donc à notre Cour ou bien de reconnaître un droit au silence aux administrateurs que British Columbia Securities Commission cherche à faire témoigner, ou bien de remplacer cette protection par une protection de même étendue: l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. Ces arguments englobent, à maints égards, une grande partie de ce que madame le juge Wilson a, dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S 1326, qualifié de «méthode abstraite» relative à la *Charte*, puisqu'ils accordent beaucoup d'importance aux valeurs abstraites de l'auto-incrimination et au droit de garder le silence, sans tenter de relier ces valeurs au contexte dans lequel elles se présentent. Par contre, l'intimée et les intervenants préconisent un examen plus contextuel de la question, examen axé sur la nature du secteur des valeurs mobilières et les méthodes dont dispose l'organisme de réglementation pour s'acquitter de son mandat de protéger efficacement le public contre les pratiques malhonnêtes ou trompeuses des participants au marché.

Mes collègues les juges Sopinka et Iacobucci affirment qu'un témoin ne sera pas contraignable

predominant purpose for seeking the evidence is to obtain incriminating evidence against the person compelled to testify, rather than further some legitimate public purpose. For the reasons I set out in *S. (R.J.)*, *supra*, I believe this test generally to be a satisfactory proxy for the existence of fundamentally unfair conduct on the part of the Crown, in violation of s. 7 of the *Charter*. I feel it necessary, however, to make the following additional remarks.

In my respectful view, the regulatory context of the present appeal requires that this s. 7 test be applied with somewhat greater deference than might otherwise be the case. The importance of applying the principles of fundamental justice with sensitivity to the context in which they are applied has been underlined by La Forest J. in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361:

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.

(See also *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, and *R. v. Ellis-Don Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 840.) Equally apposite is La Forest J.'s observation in *Lyons*, at p. 362, that

s. 7 of the *Charter* entitles the appellant to a fair hearing; it does not entitle him to the most favourable procedures that could possibly be imagined.

In my view, a standard of conduct which may be fundamentally unfair in the context of compelling the testimony of separately charged co-accused may not necessarily be fundamentally unfair in the context of administrative proceedings in a highly complex and tightly regulated field such as the securities industry. This, for several reasons.

First, the argument that fundamental fairness may require different standards in different con-

si le principal objectif est d'obtenir le témoignage en question afin de recueillir des éléments de preuve incriminants contre la personne contrainte à témoigner, plutôt que pour une autre fin légitime dans l'intérêt public. Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *S. (R.J.)*, précité, je suis d'avis que ce critère constitue habituellement un moyen satisfaisant d'établir que le ministère public s'est conduit d'une façon fondamentalement inéquitable en violation de l'art. 7 de la *Charte*. Cependant, j'estime nécessaire de formuler les observations additionnelles suivantes.

Le contexte de réglementation du présent pourvoi exige, selon moi, que ce critère fondé sur l'art. 7 soit appliqué avec davantage de retenue qu'il le serait dans un autre contexte. Dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 361, le juge La Forest fait ressortir l'importance d'appliquer les principes de justice fondamentale en tenant compte du contexte:

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.

(Voir aussi *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, et *R. c. Ellis-Don Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 840.) L'observation du juge La Forest dans l'arrêt *Lyons*, à la p. 362, est également pertinente:

... l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'appelant le droit à un procès équitable; il ne lui donne pas le droit de bénéficier des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer.

À mon avis, il se peut qu'une norme de conduite susceptible d'être fondamentalement inéquitable dans le contexte de la contrainte à témoigner dont font l'objet des coaccusés inculpés séparément ne le soit pas dans le contexte de procédures administratives dans un domaine fort complexe et réglementé comme le secteur des valeurs mobilières, et cela, pour plusieurs raisons.

Premièrement, l'argument selon lequel l'équité fondamentale peut requérir des normes différentes

texts is evidenced by the different procedural protections that we generally accord to witnesses called to appear at hearings similar to that challenged in the present case. Although those conducting an investigation are always under a duty to act fairly, this Court has held that fairness in the context of such hearings does not require that the persons who are the "subjects" of the investigation participate in the examination of other witnesses, or that they be provided with an opportunity to adduce evidence or make submissions to the investigator: *Roper v. Royal Victoria Hospital*, [1975] 2 S.C.R. 62, and *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181. See also *Ontario Securities Commission v. Biscotti* (1988), 40 B.L.R. 160 (Ont. H.C.).

dans des contextes différents ressort des différentes garanties procédurales qui sont généralement accordées aux témoins assignés à comparaître à des auditions semblables à celle contestée en l'espèce. Quoique les personnes qui procèdent à une enquête soient toujours tenues d'agir équitablement, notre Cour a statué que l'équité dans le contexte de ces enquêtes n'exige pas que les personnes qui font «l'objet» de l'enquête participent à l'interrogatoire d'autres témoins, ou qu'on leur donne l'occasion de présenter une preuve à l'enquêteur ou de lui soumettre des arguments: *Roper c. Royal Victoria Hospital*, [1975] 2 R.C.S. 62, et *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181. Voir aussi *Ontario Securities Commission c. Biscotti* (1988), 40 B.L.R. 160 (H.C. Ont.).

77 Second, although activity in the securities sphere is of immense economic value to society generally, it must be remembered that participants engage in this licensed activity of their own volition and ultimately for their own profit. In return for permitting persons to obtain the fruits of participation in this industry, society requires that market participants also undertake certain corresponding obligations in order to safeguard the public welfare and trust. Participants must conform with the extensive regulations and requirements set out by the provincial securities commissions. Many of these requirements are fundamental to maintaining an efficient, competitive market environment in a context where imperfect information is endemic. They are also essential to prevent and deter abuses of such asymmetries of information, and therefore to maintain the integrity of the securities system and protect the public interest.

Deuxièmement, bien que l'activité dans le secteur des valeurs mobilières ait une valeur économique considérable pour l'ensemble de la société, il faut se rappeler que les participants s'y adonnent de leur propre gré et, en fin de compte, dans un but de profit, et que cette activité requiert un permis. La société permet à des personnes de jouir des fruits de leur participation dans ce secteur, mais elle exige en contrepartie que les participants au marché assument également certaines obligations correspondantes dans le but d'assurer le bien-être et la confiance du public. Les participants doivent respecter le vaste ensemble de règlements et d'exigences établis par les commissions provinciales des valeurs mobilières. Bon nombre de ces exigences sont essentielles au maintien d'un marché rentable et concurrentiel dans un contexte où l'information incomplète est endémique. Elles sont également essentielles pour prévenir et décourager les abus de telles asymétries sur le plan de l'information et, en conséquence, pour préserver l'intégrité du régime des valeurs mobilières et protéger l'intérêt public.

78 Third, given the nature and breadth of this obligation, as well as the important economic stake that the investing public holds in its proper fulfillment, I fail to see how market participants would not expect to be questioned by regulators from time to time as to their market activities, in order

Troisièmement, vu la nature et l'ampleur de cette obligation, ainsi que l'intérêt important que le public investisseur a, sur le plan économique, à ce qu'elle soit bien exécutée, je ne vois pas comment les participants au marché ne devraient pas s'attendre à être interrogés à l'occasion par un organisme

for the securities commissions to be able to ensure that they, or the corporations they represent, have complied with prescribed standards. Although similar comments are more frequently made in relation to the notion of "reasonable expectation of privacy" under s. 8 of the *Charter*, I believe such considerations to be equally relevant to the application of the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* in the context of securities regulation. Indeed, as La Forest J. observed in *Thomson Newspapers*, *supra*, at p. 539, referring to his reasons in *Lyons*, *supra*, and *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, one must "consider (the impugned legislation) against the applicable principles and policies that have animated legislative and judicial practice in the field".

A fourth consideration is the nature and complexity of the securities industry and the difficulties faced by regulators in ensuring the continued protection of the public. The Attorney General for Ontario identifies the three types of market players regulated by the *Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83: market professionals and traders, issuers of securities, and owners and/or holders of securities. She argues, convincingly in my mind, that the investigatory powers impugned in the present case are the primary vehicle for the effective investigation and deterrence of insider trading, stock manipulation, and other trading practices contrary to the public interest that may be engaged in by any or all of these three types of players. Moreover, she argues that such powers are the only investigative vehicle currently available in respect of owners and holders of securities.

Finally, the fundamental fairness of the powers of testimonial compulsion and document production in s. 128(1) of the Act must be evaluated in

de réglementation relativement à leurs activités sur le marché, de façon à ce que les commissions des valeurs mobilières puissent s'assurer qu'ils se sont eux-mêmes conformés aux normes prescrites, ou que les sociétés qu'ils représentent l'ont fait. Bien que des commentaires similaires soient plus fréquents relativement à la notion des «attentes raisonnables en matière de vie privée» au sens de l'art. 8 de la *Charte*, ces considérations sont, à mon avis, tout aussi pertinentes relativement à l'application des principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte* dans le contexte de la réglementation des valeurs mobilières. En réalité, comme le fait remarquer le juge La Forest dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 539, s'en rapportant à ses motifs dans les arrêts *Lyons*, précité, et *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, il faut «examiner (la mesure contestée) en regard des principes applicables et des politiques qui ont animé la pratique législative et judiciaire dans le domaine».

Une quatrième considération est la nature et la complexité du secteur des valeurs mobilières ainsi que les difficultés que les organismes de réglementation ont à garantir la protection continue du public. Selon le procureur général de l'Ontario, les trois types de participants au marché que réglemente la *Securities Act*, S.B.C. 1985, ch. 83, sont les suivants: les professionnels du marché et les courtiers, les émetteurs de valeurs mobilières et les propriétaires ou détenteurs de valeurs mobilières. Il soutient, de façon convaincante, à mon avis, que les pouvoirs d'enquête ici contestés constituent le principal moyen efficace d'enquêter et d'avoir un effet de dissuasion sur les opérations d'initiés, la manipulation de cours et les autres opérations sur valeurs mobilières contraires à l'intérêt public, auxquelles peuvent se livrer ces trois types de participants. Par ailleurs, il fait valoir que ces pouvoirs sont le seul mécanisme d'enquête auquel on peut actuellement recourir relativement aux propriétaires et détenteurs de valeurs mobilières.

Enfin, l'équité fondamentale des pouvoirs de contraindre à témoigner et à produire des documents, en vertu du par. 128(1) de la Loi, doit être

light of all other rights equally guaranteed under the *Charter*. Where a company officer is summoned to attend a hearing before investigators, he knows what the subject of the inquiry is. He can prepare himself for the questions. He will generally be accompanied by his lawyers. At the hearing itself, he will be treated with courtesy and will be given every opportunity to consult his lawyers and consider his answers. He will produce those documents requested by the investigators. It would be ironic to conclude that such a proceeding is, itself, contrary to the principles of fundamental justice if the only equally effective alternative reasonably available to the state to pursue a pressing and substantial objective would constitute a far more dramatic intrusion into individual rights. Given the profound asymmetries of information between market players and market regulators in the securities industry, such a reasonable alternative might very well require conferring upon securities regulators broad, intrusive and sweeping search and seizure powers. I raise this point to demonstrate why it is important not to contemplate *Charter* rights and principles in the abstract, without regard for the potential repercussions of certain conclusions on the enjoyment of other equally important *Charter* rights: see *Wholesale Travel*, *supra*, at p. 247, per Cory J.

évaluée en fonction de tous les autres droits qui sont également garantis par la *Charte*. Lorsqu'un dirigeant de société est assigné à témoigner à une audition devant des enquêteurs, il connaît l'objet de l'enquête. Il peut se préparer à répondre aux questions. Il sera généralement accompagné de ses avocats. À l'audition elle-même, il sera traité avec courtoisie et aura toutes les chances de consulter ses avocats et de réfléchir à ses réponses. Il produira les documents demandés par les enquêteurs. Il serait ironique de conclure qu'une telle procédure est en soi contraire aux principes de justice fondamentale si la seule autre solution tout aussi efficace, à laquelle l'État pourrait raisonnablement recourir dans la poursuite d'un objectif réel et urgent, constituerait une atteinte beaucoup plus spectaculaire aux droits de particuliers. Vu qu'il existe, dans le secteur des valeurs mobilières, une asymétrie importante entre les renseignements dont disposent les participants au marché et ceux dont disposent les organismes de réglementation du marché, une telle solution de rechange raisonnable pourrait bien nécessiter l'attribution à l'organisme de réglementation de vastes pouvoirs généraux et envahissants en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies. Je soulève ce point pour démontrer pourquoi il importe de ne pas envisager dans l'abstrait les droits et principes consacrés dans la *Charte*, sans tenir compte des répercussions possibles de certaines conclusions sur la jouissance d'autres droits tout aussi importants garantis par la *Charte*; voir *Wholesale Travel*, précité, à la p. 247, le juge Cory.

81

To recapitulate, although the distinction may often be difficult to draw, courts must try to differentiate between unlicensed fishing expeditions that are intended to unearth and prosecute criminal conduct, and actions undertaken by a regulatory agency, legitimately within its powers and jurisdiction and in furtherance of important public purposes that cannot realistically be achieved in a less intrusive manner. Whereas the former may run afoul of s. 7 of the *Charter*, the latter do not.

En résumé, malgré la difficulté que puisse souvent représenter cette distinction, les tribunaux doivent tenter de différencier les expéditions de pêche non autorisées, qui visent à découvrir une conduite criminelle et à intenter des poursuites y reliées, des mesures que prend un organisme de réglementation, à l'intérieur de sa sphère de compétence légitime, dans le but de réaliser d'importants objectifs d'intérêt public qui ne peuvent, de façon réaliste, l'être d'une manière moins envahissante. Alors que, dans le premier cas, il risque d'y avoir violation de l'art. 7 de la *Charte*, dans le second, ce risque n'existe pas.

As such, notwithstanding that one of the primary purposes of an investigation under s. 128(1) of the *Securities Act* is to engage in a form of civil discovery of the witness as well as of the company to illuminate or investigate irregularities or suspicious conduct, I agree with Sopinka and Iacobucci JJ. that it has not been demonstrated that testimonial compulsion at these proceedings would be fundamentally unfair to the witnesses. As I recognized in *Thomson Newspapers, supra*, at p. 578, “[c]ompelling the attendance of witnesses is an established investigatory tool in this age of governmental regulation of the economy.” Although such powers of investigation may not always be necessary in regulatory contexts, I conclude that they are indeed necessary in the present instance, given the profound asymmetry of information facing securities regulators, the close relationship between such investigatory powers and the obligations voluntarily undertaken by those participating in this regulated activity, and the lack of a less intrusive alternative means to investigate and deter market irregularities and improper conduct by market players.

I find additional support for this conclusion in the following four considerations: (1) these kinds of inquiries are purely administrative in nature and do not adjudicate upon the guilt or innocence of the subject of the investigation; (2) it is generally a matter of speculation at the time of the testimony to know whether the compelled witness is speaking for himself or for the company, and whether the information disclosed could lead the state to take action against the individual or the company; (3) at the outset of an investigation, it is often uncertain whether any breach of the law has even occurred and, if so, whether any persons summoned may be implicated in this breach; and (4) even if the individual is shown by the investigation to be implicated in a breach and the state decides to take further action, it is far from certain that this action will entail the possibility of a deprivation of liberty, thereby bringing the state action within the purview of s. 7 of the *Charter*. As I noted earlier,

Ainsi, nonobstant le fait que l'un des principaux objectifs d'une enquête fondée sur le par. 128(1) de la *Securities Act* soit de procéder à une forme d'interrogatoire civil préalable du témoin et de la société dans le but d'obtenir des éclaircissements ou d'enquêter sur des irrégularités ou une conduite suspecte, je conviens avec les juges Sopinka et Iacobucci qu'il n'a pas été démontré qu'il serait fondamentalement inéquitable pour les témoins de les obliger à témoigner en l'espèce. Comme je l'ai reconnu dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 578, «[l]a comparution forcée de témoins est un outil d'enquête reconnu en cette ère de réglementation gouvernementale de l'économie.» Bien que de tels pouvoirs d'enquête ne soient peut-être pas toujours nécessaires dans des contextes de réglementation, je conclus qu'ils le sont vraiment ici, compte tenu de l'asymétrie profonde sur le plan des renseignements à laquelle font face les organismes de réglementation des valeurs mobilières, de la relation étroite entre ces pouvoirs d'enquête et les obligations assumées volontairement par les participants à cette activité réglementée, de l'absence d'un autre moyen moins envahissant d'enquêter et d'avoir un effet de dissuasion sur les irrégularités du marché et la conduite abusive de participants au marché.

En outre, les quatre considérations suivantes viennent aussi étayer ma conclusion: (1) les enquêtes de ce genre sont de nature purement administrative et ne servent pas à déterminer la culpabilité ou l'innocence de la personne qui en fait l'objet, (2) on ne sait généralement pas, au moment du témoignage, si la personne contrainte à témoigner parle en son propre nom ou en celui de la compagnie et si les renseignements divulgués sont susceptibles d'amener l'État à prendre des mesures contre la personne ou la compagnie en cause, (3) souvent, au début d'une enquête, on n'est pas certain s'il y a eu violation de la loi et, le cas échéant, si l'une ou l'autre des personnes assignées peut avoir participé à cette violation, et (4), lorsque l'enquête révèle que l'individu a participé à une violation et que l'État décide de prendre d'autres mesures, on est loin d'être certain que ces mesures risqueront de porter atteinte à sa liberté, de manière à ce que l'art. 7 de la *Charte* soit appli-

the more remote or speculative the possibility of imprisonment at the trial stage, the less likely that relief against testifying will be offered at the subpoena stage. The witnesses in this case have not demonstrated how any of these considerations are inapplicable to the present circumstances.

84 Finally, I reiterate that the principles of fundamental justice are derived from our common law tradition. What is or is not fundamentally unfair can be informed by examining these traditions. In the traditional criminal law domain, it has generally been seen as fundamentally unfair for the state to seek as its predominant purpose to compel an individual, subject to possible imprisonment for failure to answer, to respond to questions on matters that will incriminate that person, even if this power were accompanied by testimonial use immunity. I do not think that the same can necessarily be said with respect to the necessary regulation of complex industries, in which the information required for effective regulation is generally in the hands of private actors, and where no less intrusive alternative means of obtaining that information exists.

85 As such, I conclude that the directors have not demonstrated that, in these circumstances, it would violate their rights under s. 7 of the *Charter* for them to be compelled to testify at the inquiry under s. 128(1) of the Act.

86 At this juncture, I must add one last proviso. Having recognized that witnesses are entitled to challenge on substantive grounds the subpoena issued under s. 128(1) of the Act, we must be cognizant of the fact that the securities industry is acutely "time sensitive". The longer improper market activities are permitted to continue unabated, the greater the potential adverse impact on the investing public. In order to address this danger, the Commission is empowered with the ability, amongst other things, to suspend all trading of particular securities and to suspend particular individuals from trading securities without a hearing in

cable à la mesure prise par l'État. Comme je l'ai déjà mentionné, plus le risque d'emprisonnement à l'étape du procès est éloigné ou conjectural, moins grandes sont les chances qu'une réparation pour avoir contraint le témoin à témoigner soit accordée à l'étape du subpoena. Les témoins en l'espèce n'ont pas démontré en quoi ces considérations ne seraient pas applicables aux présentes circonstances.

Enfin, je réitère que les principes de justice fondamentale ont leur origine dans notre tradition de common law. Ce qui est ou n'est pas fondamentalement inéquitable peut être déterminé par ce que nous enseignent ces traditions. Dans le domaine du droit criminel traditionnel, on a généralement considéré qu'il était fondamentalement inéquitable que l'État ait comme but prédominant de contraindre, sous peine d'emprisonnement, une personne à répondre à des questions susceptibles de l'incriminer, même si ce pouvoir était assorti d'une immunité contre l'utilisation de la preuve testimoniale. Je ne crois pas qu'on puisse forcément en dire autant de la réglementation nécessaire de secteurs complexes, dans lesquels les renseignements requis aux fins d'une réglementation efficace sont généralement entre les mains de particuliers, et où il n'existe aucun autre moyen moins envahissant de les obtenir.

C'est pourquoi je conclus que les dirigeants n'ont pas démontré que, dans ces circonstances, les contraindre à témoigner à l'enquête en vertu du par. 128(1) de la Loi violerait les droits que leur garantit l'art. 7 de la *Charte*.

Il me faut ici formuler une dernière réserve. Après avoir reconnu que le témoin a le droit de contester pour des motifs de fond le subpoena délivré en vertu du par. 128(1) de la Loi, nous devons être conscients du fait que le temps revêt une importance névralgique dans le secteur des valeurs mobilières. Plus des activités irrégulières sur le marché se poursuivront avec la même intensité, plus le risque de répercussions négatives sur le public investisseur sera élevé. Afin de contrer ce danger, la Commission est, dans des circonstances appropriées, habilitée, notamment, à suspendre toutes les opérations sur certaines valeurs mobi-

appropriate circumstances. Expeditious investigation into irregularities and suspected market misconduct is an important way by which to minimize the severity of such orders. I would therefore urge that challenges to the subpoena, should they be made, be heard as expeditiously as possible.

2. The "Trial Stage"

It goes without saying that s. 13 of the *Charter* mandates that the compelled witnesses shall enjoy full testimonial immunity in any subsequent proceedings undertaken by the state. My colleagues, however, would also appear to allow those who have been compelled to testify in a s. 128 inquiry to enjoy an additional derivative evidence immunity at the trial stage, along the lines of the "but for" approach outlined by Iacobucci J. in *S. (R.J.)*. With all due respect, I cannot agree with this conclusion for two reasons. First, as I stated in *S. (R.J.)*, I am opposed in principle to such immunity, for the significant practical and theoretical problems that it raises. I see no point in reviving that discussion again.

Second, even if the "but for" standard is an appropriate level of s. 7 protection in a purely criminal context, this does not mean that it is equally suited for use in predominantly regulatory contexts. As I have already noted, this Court has on many occasions recognized that the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* may vary in their application, depending upon the context. Many of the interests underlying the principle against self-incrimination, such as elements of fairness, basic human dignity and privacy, are simply not engaged as dramatically in situations in which an individual voluntarily participates, for his own profit, in a licensed activity, the effective regulation of which is essential to pressing and substantial societal interests. In this respect, I think it

lières et à empêcher certaines personnes d'effectuer des opérations sur valeurs mobilières sans la tenue d'une audition. L'enquête sommaire sur des irrégularités et des soupçons d'inconduite sur le marché constitue une façon importante de minimiser la sévérité de telles ordonnances. En conséquence, je recommanderais vivement que toute contestation d'un subpoena, si tant est qu'elle soit faite, soit entendue le plus rapidement possible.

2. L'«étape du procès»

Il va sans dire que l'art. 13 de la *Charte* exige que les personnes contraintes à témoigner jouissent d'une immunité testimoniale complète dans toutes procédures subséquentes engagées par l'État. Cependant, mes collègues sembleraient également permettre aux personnes qui ont été contraintes à témoigner au cours d'une enquête fondée sur l'art. 128 de bénéficier d'une immunité additionnelle contre l'utilisation de la preuve dérivée à l'étape du procès, semblable à la méthode du «n'eût été» que le juge Iacobucci expose dans *S. (R.J.)*. En toute déférence, je ne puis souscrire à cette conclusion pour deux raisons. Premièrement, comme je l'ai dit dans *S. (R.J.)*, je suis en principe opposée à une telle immunité en raison des problèmes importants qu'elle soulève sur les plans pratique et théorique. Je ne vois aucune raison de reprendre cette analyse.

Deuxièmement, même si le critère du «n'eût été» offre une protection appropriée en vertu de l'art. 7 dans un contexte purement criminel, cela ne signifie pas qu'il convient également aux contextes surtout de nature réglementaire. Comme je l'ai déjà fait remarquer, notre Cour a, à maintes reprises, reconnu que l'application des principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte* peut varier selon le contexte. Nombre d'intérêts sous-jacents au principe interdisant l'auto-incrimination, comme les éléments d'équité, de dignité humaine fondamentale et de vie privée, n'entrent tout simplement pas en jeu de façon aussi spectaculaire dans les cas où une personne participe de son propre gré et pour son propre profit, à une activité assujettie à l'obtention de permis, dont la réglementation efficace est essentielle aux intérêts réels et urgents de la société. À cet égard, j'estime

87

88

important to heed the admonition of Wilson J. in *Edmonton Journal*, *supra*, at pp. 1353-54:

One thing seems clear and that is that one should not balance one value at large and the conflicting value in its context. To do so could well be to pre-judge the issue by placing more weight on the value developed at large than is appropriate in the context of the case. [Emphasis added.]

In my respectful view, employing the identical "but for" standard in circumstances in which the underlying rationales of the principles against self-incrimination are not significantly engaged may elevate that principle to an exalted position that is not balanced, necessary or appropriate in many regulatory situations.

89

The potential difficulties of using such a rigid s. 7 standard within the ambit of the *Securities Act* is evident. Many of the interveners argue strenuously that it would significantly undermine their ability to administer and enforce securities regulations effectively if this Court were to grant blanket derivative evidence immunity to those who are subject to s. 128 investigations. I agree. Regulation is impotent unless it can also be effectively enforced, and information is of limited use unless it can be acted upon.

90

It is all very well to say that we are permitting the state to pursue certain important regulatory purposes by holding individuals to be compellable to testify at *Securities Act* investigations. At the same time, however, we must be careful not to defeat those very purposes by unconditionally granting derivative evidence immunity to those under investigation. The existence of such an immunity could neutralize in large part the regulators' ability to enforce the Act. As such, it would also frustrate one of the main purposes of the investigatory powers conferred under s. 128 of the Act.

qu'il est important de se rappeler la mise en garde formulée par le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, aux pp. 1353 et 1354:

Une chose semble claire et c'est qu'il ne faut pas évaluer une valeur selon la méthode générale et l'autre valeur en conflit avec elle selon la méthode contextuelle. Agir ainsi pourrait fort bien revenir à préjuger de l'issue du litige en donnant à la valeur examinée de manière générale plus d'importance que ne l'exige le contexte de l'affaire. [Je souligne.]

L'emploi du critère identique du «n'eût été» dans des circonstances où la philosophie sous-jacente au principe interdisant l'auto-incrimination n'entre pas en jeu de façon significative risque, à mon avis, d'élever ce principe à un rang hors de proportion qui n'est ni nécessaire ni approprié dans bien des contextes de réglementation.

Les difficultés que peut soulever l'utilisation d'un critère rigide fondé sur l'art. 7 dans le contexte de la *Securities Act* sont évidentes. Plusieurs intervenants soutiennent avec vigueur que si notre Cour devait accorder une immunité générale contre l'utilisation de la preuve dérivée aux personnes qui font l'objet d'une enquête fondée sur l'art. 128, elle minerait sensiblement leur capacité d'administrer efficacement la réglementation sur les valeurs mobilières et de la faire respecter. Je suis d'accord. Un règlement est inutile à moins de pouvoir également être appliqué efficacement, et une information est d'une utilité limitée à moins que l'on puisse agir sur la foi de celle-ci.

Il est facile d'affirmer que nous permettons à l'État de poursuivre certaines fins importantes en matière réglementaire, en concluant à la contraignabilité de certaines personnes à témoigner à des enquêtes fondées sur la *Securities Act*, mais il faut prendre soin de ne pas contrecarrer ces mêmes fins en accordant inconditionnellement aux personnes visées par ces enquêtes une immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. L'existence d'une telle immunité pourrait neutraliser en grande partie la capacité des organismes de réglementation d'appliquer la Loi. Ce serait, en outre, contrecarrer l'un des principaux objets des pouvoirs d'enquête conférés en vertu de l'art. 128 de la Loi.

I must emphasize again that, unlike the traditional criminal law domain, the very nature of the securities industry is such that the information necessary for effective enforcement will generally be in the hands of private parties. Compelling the testimony of certain individuals may be the only reasonable means by which regulators can obtain evidence or gain a full appreciation of important information. The alternative, which I believe to be far less palatable, is for investigators to resort to highly intrusive search and seizure powers. This Court has previously recognized and taken into consideration the difficulties involved in regulating activities in a licensed sphere, where important information is generally only in the possession of the private individuals whose activity is the focus of the regulation: *Wholesale Travel, supra*, and *Ellis-Don, supra*. I believe that it is indisputable that the present case calls for a similarly contextualized application of s. 7 principles.

As always, a delicate balance must be forged. On one hand, of course, we must not deny individuals the fullest possible *Charter* protections where a reasonable and less intrusive alternative measure exists by which to address the pressing and substantial desired objective. Moreover, federalism concerns already dictate that provincial securities statutes not confer upon administrative or enforcement agencies powers that would trench upon the federal jurisdiction over criminal law and procedure. On the other hand, however, we must not so handcuff securities enforcement agencies within the Constitution as to prevent them from being able to perform their jobs effectively, and fulfil their mandate of protecting the public interest.

I accept the interveners' submission that the *Securities Act* provides for both civil and criminal penalties in order to address the full range of behaviour that may be involved. I further accept that

Je dois réitérer que, contrairement au droit criminel traditionnel, la nature même du secteur des valeurs mobilières est telle que les renseignements nécessaires à son exécution efficace seront généralement entre les mains de particuliers. Il se peut que contraindre certaines personnes à témoigner soit le seul moyen raisonnable de permettre à un organisme de réglementation d'obtenir des éléments de preuve ou de procéder à une appréciation complète de renseignements importants. L'alternative qui, selon moi, est beaucoup moins acceptable consiste, pour les enquêteurs, à recourir à des pouvoirs fort envahissants en matière de fouilles, perquisitions et saisies. Notre Cour a déjà reconnu et pris en considération les difficultés liées à la réglementation d'activités dans un domaine assujéti à l'obtention de permis, où ce ne sont généralement que les particuliers dont l'activité est visée par cette réglementation qui possèdent d'importants renseignements: *Wholesale Travel et Ellis-Don*, précités. Il me semble incontestable que le présent pourvoi exige une application contextuelle semblable des principes de l'art. 7.

Comme toujours, un équilibre délicat doit être respecté. D'une part, il va sans dire que nous ne devons pas refuser à des personnes les garanties les plus complètes possibles qu'offre la *Charte*, lorsqu'il existe un autre moyen raisonnable et moins envahissant de répondre à l'objectif urgent et réel poursuivi. De plus, les intérêts du fédéralisme interdisent déjà que les lois provinciales en matière de valeurs mobilières confèrent aux organismes administratifs ou chargés de l'application de la loi des pouvoirs qui empièteraient sur la compétence que le Parlement fédéral possède relativement au droit criminel et à la procédure en matière criminelle. D'autre part, cependant, nous ne devons pas emprisonner à ce point dans la Constitution les organismes chargés d'appliquer la loi en matière de valeurs mobilières de manière à les empêcher de faire leur travail efficacement et de s'acquitter de leur mandat de protection de l'intérêt public.

Je souscris à l'argument des intervenants, selon lequel la *Securities Act* prévoit des peines de nature civile et criminelle, de manière à viser tous les comportements possibles. Je reconnais égale-

imprisonment will generally be an exceptional remedy, saved for exceptional circumstances. Without the benefit of a closer examination of the specific contexts in which imprisonment may arise as a possible eventual consequence, I do not think that it is appropriate for this Court, at the subpoena stage, to define the exact parameters of appropriate derivative evidence immunity to come into effect at the trial stage. To the extent that my colleagues recognize that individuals will enjoy some s. 7 derivative evidence immunity protection at the trial stage, I take them to leave open the possibility that this protection may vary according to context, and in particular according to the extent to which the various purposes underlying the principle against self-incrimination (e.g., reliability, privacy, dignity, fairness) are engaged in a given situation.

ment que l'emprisonnement sera généralement une réparation exceptionnelle réservée à des circonstances exceptionnelles. Sans avoir eu le bénéfice d'une étude plus poussée des contextes spécifiques dans lesquels l'emprisonnement peut représenter une conséquence éventuelle, il ne convient pas, à mon avis, que notre Cour définisse, à l'étape du subpoena, les paramètres exacts de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée applicable à l'étape du procès. Dans la mesure où mes collègues reconnaissent que des personnes bénéficieront, en vertu de l'art. 7, d'une certaine immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée à l'étape du procès, je considère qu'ils laissent ouverte la possibilité que cette protection varie dépendant du contexte et, notamment, dépendant de la mesure dans laquelle les divers objectifs qui sous-tendent le principe interdisant l'auto-incrimination (p. ex., la fiabilité, la vie privée, la dignité, l'équité) entrent en jeu dans une situation donnée.

94

I would like to remark upon one last practical implication of coping with derivative evidence immunity. Often, particularly in the regulatory context, prosecuting authorities will seek a substantial fine rather than imprisonment upon conviction, notwithstanding that the legislation also provides for the possibility of imprisonment. In my opinion, if the authorities know at the outset of the prosecution that they will not be seeking imprisonment upon conviction, then I see no reason why they cannot apprise both the accused and the trial judge of this fact at the beginning of the trial proceedings. Under such circumstances, since no possibility of a deprivation of liberty would therefore exist, there would consequently be no need for a court to engage in any derivative evidence immunity analysis under s. 7 of the *Charter*. In this way, particularly in complex investigations, the spectre of lengthy *voir dire*s into whether or not the Crown would have had the evidence "but for" the compelled testimony will not be necessary. Both the court and the parties involved will spare themselves considerable time and resources, and only those *Charter* protections consistent with the peril

J'aimerais formuler une observation sur une dernière conséquence pratique de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. Souvent, particulièrement dans le contexte de la réglementation, la poursuite réclamera, en cas de déclaration de culpabilité, l'imposition d'une amende considérable plutôt que l'emprisonnement, même si la loi en cause prévoit la possibilité d'un emprisonnement. À mon avis, si la poursuite sait au début des procédures qu'elle ne réclamera pas de peine d'emprisonnement en cas de déclaration de culpabilité, alors je ne vois aucune raison de l'empêcher d'informer de ce fait l'accusé et le juge dès l'ouverture du procès. Dans ces circonstances, un tribunal n'aurait pas à procéder à une analyse de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée, fondée sur l'art. 7 de la *Charte*, puisqu'il n'y aurait plus aucun risque de privation de liberté. De même, particulièrement dans des enquêtes complexes, il ne sera plus nécessaire de faire face au spectre de longs voir-dire pour déterminer si le ministère public aurait obtenu les éléments de preuve «n'eût été» la contrainte à témoigner. Et le tribunal et les parties en cause s'épargneront du temps et des ressources considérables, et il n'y aura plus qu'à envisager les garanties de la *Charte*

faced by the individual accused need be contemplated.

C. Document Production

I agree with Sopinka and Iacobucci JJ. that the compulsion to produce pre-existing documents in s. 128(1)(c) of the *Securities Act* does not violate s. 7 of the *Charter* if it is found that the person subpoenaed is compellable to testify. I believe it necessary to elaborate slightly upon their remarks, however.

Unlike testimonial compulsion, for which special considerations apply, it is not necessary to recognize any additional protections at the trial stage in order for pre-existing documents to be compellable at the subpoena stage. Indeed, as I noted in *Thomson Newspapers, supra*, at p. 588:

... an order requiring an individual or the officer of a corporation to produce documents does not involve the fabrication of evidence; the individual or officer acts as a "mere conduit" for the delivery of pre-existing records. . . . Thus, there is no suggestion that the use of such evidence in a subsequent trial would affect the fairness of the proceedings.

A clear line must be drawn between, on one hand, the compelled production of pre-existing documents and, on the other hand, the compelled production of documents which are themselves produced pursuant to statutory compulsion. While the latter may, indeed, engage some self-incriminatory concerns since the individual will have generated them under state compulsion, it is evident that the former should not engage such concerns since they have not been generated subject to any such compulsion.

This conclusion is fortified by some very real and pragmatic concerns. The securities domain is a

compatibles avec le péril auquel est exposée la personne accusée.

C. La production de documents

Je suis d'accord avec les juges Sopinka et Iacobucci que la contrainte à produire des documents préexistants, prévue à l'al. 128(1)c) de la *Securities Act*, ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte* si on décide que le témoin assigné est contraignable. Cependant, j'estime nécessaire d'apporter quelques précisions au sujet de leurs observations.

Contrairement à la contrainte à témoigner, à laquelle s'appliquent des considérations spéciales, il n'est pas nécessaire de reconnaître des garanties additionnelles à l'étape du procès pour pouvoir, à l'étape du subpoena, forcer la production de documents préexistants. En fait, comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 588:

... une ordonnance enjoignant à un particulier ou à l'administrateur d'une société de produire des documents ne comporte pas de fabrication d'éléments de preuve; le particulier ou l'administrateur sert [TRADUCTION] «simplement d'intermédiaire» dans la livraison de dossiers déjà existants [. . .] En conséquence, il n'y a aucune suggestion que l'utilisation de ces éléments de preuve dans un procès subséquent porterait atteinte à l'équité des procédures.

Une ligne de démarcation claire doit être établie entre la production forcée de documents préexistants, d'une part, et la production forcée de documents constitués en vertu d'une obligation légale. Bien que, dans ce dernier cas, la production forcée de documents puisse effectivement susciter des craintes d'auto-incrimination étant donné que la personne les aura constitués sous la contrainte de l'État, il est évident que le premier scénario ne devrait pas susciter de telles craintes puisque les documents en question n'ont alors pas été constitués sous une telle contrainte.

Certaines préoccupations très réelles et pragmatiques viennent renforcer cette conclusion. Le

95

96

97

licensed field, which individuals enter for their own profit. Pre-existing documents are often the focus of investigations under the *Securities Act*. It would render the *Securities Act* virtually unenforceable to preclude the authorities from relying upon such documents at subsequent proceedings against the individuals who produced them. Moreover, given the complexity of securities matters, I suspect that it would also be virtually impossible for the Crown to demonstrate that it did not use the documents to gain an appreciation of the evidence against the individual. Indeed, we must recall that the compelled production of documents is the least intrusive means possible by which the state can obtain the documents, and therefore the most consistent with maintaining the dignity and privacy of the individuals involved. It would be wholly counter-intuitive to conclude that the state could not use such documents, or evidence derived therefrom, to incriminate the individual unless it obtained those documents through a far more invasive search and seizure procedure which would, in turn, be far more likely to affront notions of privacy, dignity and fairness to the individual.

domaine des valeurs mobilières est un secteur assujéti à l'obtention de permis, et les personnes qui s'y engagent le font pour leur propre profit. Les documents préexistants sont souvent au cœur des enquêtes fondées sur la *Securities Act*. Ce serait rendre la *Securities Act* pratiquement inapplicable que d'empêcher la poursuite de se fonder sur ces documents dans des procédures ultérieures intentées contre les personnes qui les produisent. Par ailleurs, compte tenu de la complexité des questions de valeurs mobilières, j'ai le sentiment qu'il serait aussi pratiquement impossible pour le ministère public de démontrer qu'il n'a pas utilisé ces documents pour obtenir une appréciation des éléments de preuve contre cette personne. En fait, il faut nous rappeler que la production forcée de documents constitue le moyen le moins envahissant possible de permettre à l'État de les obtenir et, en conséquence, le moyen le plus compatible avec la préservation de la dignité et de la vie privée des personnes en cause. Il serait tout à fait contraire au bon sens de conclure que l'État ne pourrait pas utiliser ces documents ni les éléments de preuve dérivés de ceux-ci, pour incriminer la personne en cause, à moins qu'il n'ait obtenu ces documents au moyen d'une procédure de fouille, de perquisition et de saisie beaucoup plus envahissante qui, à son tour, serait beaucoup plus susceptible de contrevenir aux notions de vie privée, de dignité et d'équité de la personne.

98

As a result, I am satisfied that there is nothing whatsoever that is fundamentally unfair or otherwise contrary to s. 7 of the *Charter* in requiring the production of such records and in the possibility that such records may subsequently be relied upon by the state in a proceeding against the individual who has been compelled to produce them. The "but for" standard adopted by the majority of this Court in *S. (R.J.)* does not apply at the trial stage to pre-existing documents. I also agree with my colleagues, however, that the question of the compellability of documents produced pursuant to statutory obligation is not raised in this appeal, and therefore remains to be addressed in future cases.

En conséquence, je suis convaincue qu'il n'y a rien de fondamentalement inéquitable ou, par ailleurs, de contraire à l'art. 7 de la *Charte* dans le fait d'exiger la production de ces dossiers et dans le risque que ceux-ci soient subséquemment invoqués par l'État dans des procédures engagées contre la personne qui a été contrainte à les produire. Le critère du «n'eût été» adopté par notre Cour à la majorité dans l'arrêt *S. (R.J.)* ne s'applique pas, à l'étape du procès, aux documents préexistants. Cependant, je conviens également avec mes collègues que la question de la contrainte à produire des documents constitués en vertu d'une obligation légale n'est pas soulevée en l'espèce, et qu'elle devra donc être tranchée dans le cadre d'autres pourvois.

D. Disposition

Accordingly, I would dismiss the appeal, and answer the constitutional questions in the manner proposed by Sopinka and Iacobucci JJ.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J. — I agree with the reasons of Justice Sopinka and Justice Iacobucci. I also agree with the additional comments of Justice L'Heureux-Dubé relating to evidence in a regulatory context.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Rees-Thomas & Company, Richmond, B.C.

Solicitor for the respondent: Mark L. Skwarok, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: George Thomson, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

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

D. Dispositif

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon proposée par les juges Sopinka et Iacobucci.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER — Je suis d'accord avec les motifs des juges Sopinka et Iacobucci. Je souscris également aux commentaires additionnels du juge L'Heureux-Dubé concernant la preuve dans un contexte de réglementation.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants: Rees-Thomas & Company, Richmond (C.-B.).

Procureur de l'intimée: Mark L. Skwarok, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: George Thomson, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

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

99

100

Dorne James Primeau *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PRIMEAU

File No.: 23613.

1994: February 28 and March 1; 1995: April 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Right to silence — Whether accused separately charged with offence compellable as witness at preliminary inquiry of another accused charged with same offence — Whether compellability in such circumstances violates principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Criminal law — Procedure — Subpoenas — Third party — Accused subpoenaed to testify at preliminary inquiry of co-accused separately charged — Accused claiming that compellability in such circumstances violates principles of fundamental justice — Procedure to be followed by third party to challenge subpoena issued by provincial court judge.

Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Correct procedure for third party challenge of provincial court order not followed since unknown at time — Procedure followed by third party substantially similar to correct procedure — Whether Supreme Court has jurisdiction to entertain appeal.

P and C were charged with first degree murder and, on a separate information, L was charged with the same offence. P was later subpoenaed by a provincial court judge to testify at L's preliminary inquiry. P's counsel filed a motion seeking relief under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and by means of prohibition. The Saskatchewan Court of Queen's Bench granted the motion and quashed the subpoena, holding that to compel P to testify would violate his rights under s. 7 of the *Charter*. The Court of Appeal allowed the

Dorne James Primeau *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. PRIMEAU

N° du greffe: 23613.

1994: 28 février et 1^{er} mars; 1995: 13 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Droit de garder le silence — Une personne accusée séparément d'une infraction est-elle un témoin contraignable à l'enquête préliminaire d'une autre personne accusée de la même infraction? — La contraignabilité en pareilles circonstances viole-t-elle les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit criminel — Procédure — Assignations — Tierce partie — Personne accusée assignée à témoigner à l'enquête préliminaire d'un coaccusé inculpé séparément — Prétention de l'accusé que la contraignabilité en pareilles circonstances viole les principes de justice fondamentale — Procédure devant être suivie par une tierce partie pour contester l'assignation délivrée par un juge de cour provinciale.

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Procédure applicable à la contestation d'une ordonnance de cour provinciale par une tierce partie non suivie parce qu'inconnue à l'époque — Procédure suivie par la tierce partie essentiellement similaire à celle qui devait être suivie — La Cour suprême a-t-elle compétence pour entendre l'appel?

P et C ont été accusés de meurtre au premier degré et, dans une dénonciation distincte, L a été accusé de la même infraction. P a, par la suite, été assigné par un juge de cour provinciale à témoigner à l'enquête préliminaire de L. L'avocat de P a déposé une requête visant à obtenir une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et sous la forme d'un bref de prohibition. La Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a fait droit à la requête et a annulé l'assignation, statuant que contraindre P à témoigner

Crown's appeal. This appeal raises two issues: (1) whether this Court has jurisdiction to entertain this appeal; and (2) whether an accused separately charged with an offence is compellable as a witness at the preliminary inquiry of another accused charged with the same offence.

Held: The appeal should be dismissed.

(1) *Jurisdiction*

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.: Since P is a third party to L's criminal proceedings, to challenge the subpoena order issued by the Provincial Court, P must follow the procedures for third parties outlined recently in *Dagenais* and apply to a superior court judge for the issuance of a writ of *certiorari*. While, technically, P has not followed the correct procedure since he did not have the benefit of this Court's reasons in *Dagenais*, the remedy sought by P is substantially similar to the type that could be sought through a *certiorari* after *Dagenais* and the proceedings in the present case should, for the purposes of determining jurisdiction, be treated as tantamount to a *Dagenais certiorari* application. This Court therefore has jurisdiction to entertain this appeal.

Per L'Heureux-Dubé J.: While the procedure followed by P in challenging the subpoena was not the one suggested by the majority in *Dagenais*, it nonetheless was, on the facts of this case, open to him. A superior court judge is a court of competent jurisdiction to hear an application for *Charter* relief and, in the present circumstances, P could apply for a writ of prohibition. Although, applicants challenging subpoenas issued by provincial court judges in the criminal context should, from now on, follow the procedural route set out in *Dagenais*, P should not be faulted for having followed a somewhat different route, given that he first applied to quash his subpoena prior to the release of this Court's decision in *Dagenais*. Furthermore, since P's s. 24(1) application to quash the subpoena is identical in substance to an application to quash the subpoena through the writ of *certiorari* (as expanded in *Dagenais*), form must yield to substance and the appeal rights set out in *Dagenais* from an application for *certiorari* must be available. While there is no general right of appeal from a s. 24(1) application, in the case at hand, P's application to quash the subpoena was tantamount to an appli-

violerait les droits qui lui sont garantis par l'art. 7 de la *Charte*. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par le ministère public. Le présent pourvoi soulève deux questions: (1) Notre Cour a-t-elle compétence pour entendre le pourvoi? Et (2) la personne accusée séparément d'une infraction est-elle un témoin contraignable à l'enquête préliminaire d'une autre personne accusée de la même infraction?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

(1) *Compétence*

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Étant donné que P est une tierce partie aux procédures criminelles de L, il doit, pour contester l'assignation délivrée par la Cour provinciale, suivre la procédure applicable aux tierces parties, qui a été établie récemment dans l'arrêt *Dagenais*, et demander à un juge de cour supérieure la délivrance d'un bref de *certiorari*. Même si, en principe, P n'a pas suivi la bonne procédure étant donné qu'il ne bénéficiait pas des motifs de notre Cour dans l'arrêt *Dagenais*, la réparation demandée par P est essentiellement semblable à celle qui pouvait l'être au moyen d'un *certiorari* après l'arrêt *Dagenais* et, pour déterminer la compétence, les procédures en l'espèce devraient être considérées comme équivalant à une demande de *certiorari* du genre dont il est question dans l'arrêt *Dagenais*. Notre Cour a donc compétence pour entendre le présent pourvoi.

Le juge L'Heureux-Dubé: Même si, pour contester son assignation, P n'a pas suivi la procédure proposée par la Cour à la majorité dans l'arrêt *Dagenais*, il lui était néanmoins loisible de le faire, compte tenu des faits de la présente affaire. Un juge de cour supérieure a compétence pour entendre une demande de réparation fondée sur la *Charte* et, dans les circonstances, P pouvait requérir un bref de prohibition. Bien que la contestation d'assignations délivrées, en matière criminelle, par des juges de cour provinciale devrait dorénavant suivre la procédure établie dans l'arrêt *Dagenais*, on ne saurait reprocher à P d'avoir suivi une procédure quelque peu différente, étant donné que sa demande initiale d'annulation de son assignation a été présentée avant le dépôt de l'arrêt *Dagenais* de notre Cour. De plus, comme la demande d'annulation de l'assignation faite en vertu du par. 24(1) par P est identique, sur le plan du fond, à une demande d'annulation de l'assignation au moyen d'un bref de *certiorari* (tel qu'exposé dans l'arrêt *Dagenais*), le fond doit l'emporter sur la forme et les droits d'appel énoncés dans l'arrêt *Dagenais* relativement à une demande de bref de *certiorari* doivent pouvoir être

cation for *certiorari* and as such was subject to the appellate procedures set out in *Dagenais*. Moreover, if a court order issued in the criminal context would be, according to *Dagenais*, open to challenge by an affected third party, it must also be open to challenge, through the same procedures, by parties to the criminal proceeding who are also effected by it. Accordingly, the Crown could appeal the Court of Queen's Bench's decision to the Court of Appeal, and P could, with leave, appeal the Court of Appeal's decision to this Court.

(2) *Compellability*

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The focus required by the *Charter* is not on P's status as an accused but on the purpose for which the state wishes to compel his testimony. Even if separately charged as an accused person, a witness appearing in another person's criminal trial will ordinarily be compellable in that trial unless it is established that the predominant purpose in compelling the testimony is incrimination of the witness. A similar test must be applied in respect of the preliminary inquiry. P was thus properly compellable at L's preliminary inquiry since there is no evidence to suggest that the predominant purpose of the inquiry is a form of pre-trial interrogation in respect of P or is otherwise objectionable. At subsequent proceedings against him, P would be entitled to the protections against self-incrimination described in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, and *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3.

Per L'Heureux-Dubé J.: For the concurring reasons given in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, P is compellable at L's preliminary inquiry. P has not demonstrated that he is within any of the conditions described in those reasons which would allow him to challenge the subpoena. P will enjoy all the *Charter* protections out-

exercés. Comme il n'y a pas de droit général d'en appeler d'une demande fondée sur le par. 24(1), la demande d'annulation de l'assignation faite par P, en l'espèce, équivalait à une demande de *certiorari* et était, à ce titre, assujettie à la procédure d'appel énoncée dans l'arrêt *Dagenais*. De plus, si une ordonnance judiciaire délivrée en matière criminelle est, selon l'arrêt *Dagenais*, susceptible d'être contestée par un tiers qu'elle concerne, elle doit aussi pouvoir l'être, de la même manière, par les autres parties aux procédures criminelles qu'elle concerne. Par conséquent, le ministère public pouvait en appeler devant la Cour d'appel de la décision de la Cour du Banc de la Reine, et P pouvait former un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel devant notre Cour, avec son autorisation.

(2) *Contraignabilité*

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Aux termes de la *Charte*, il faut mettre l'accent non pas sur la situation de P en tant qu'accusé, mais sur le but dans lequel l'État désire le contraindre à témoigner. Même s'il est accusé séparément, le témoin qui comparait au procès criminel d'une autre personne sera habituellement contraignable à ce procès, sauf s'il est établi que la contrainte à témoigner a pour objet prédominant d'incriminer le témoin. Un critère semblable doit être appliqué à l'égard de l'enquête préliminaire. P était donc un témoin régulièrement contraignable à l'enquête préliminaire de L, étant donné qu'il n'y a aucune preuve que l'objet prédominant de l'enquête préliminaire est une forme d'interrogatoire antérieur au procès que l'on se propose de faire subir à P, ou qu'elle est autrement répréhensible. Dans des procédures ultérieurement engagées contre lui, P aurait droit aux garanties contre l'auto-incrimination qui sont décrites dans les arrêts *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, et *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3.

Le juge L'Heureux-Dubé: Pour les motifs concordants exposés dans l'arrêt *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, P est un témoin contraignable à l'enquête préliminaire de L. P n'a pas démontré que l'une ou l'autre des conditions décrites dans ces motifs, relativement à la contestation d'une assignation, lui est applicable. P pourra bénéficier de toutes les garanties de la *Charte* exposées dans ces motifs concordants, de même que de

lined in these concurring reasons as well as those of s. 5 of the *Canada Evidence Act*.

Cases Cited

By Sopinka and Iacobucci JJ.

Applied: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, aff'g (1993), 80 C.C.C. (3d) 397 (Ont. C.A.); *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; **disapproved:** *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606, 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. v. Devasagayam*); **referred to:** *Perreault v. Thivierge* (1992), 17 C.R.R. (2d) 361; *R. v. Jobin*, [1995] 2 S.C.R. 78.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; **referred to:** *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(c), 13, 24(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 784(1).
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 37].

Authors Cited

Ratushny, Ed. "The Role of the Accused in the Criminal Process", in Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989, 451.
 Warren, Earl. "The Law and the Future", in *Fortune* (November 1955), 106.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1993), 113 Sask. R. 4, 52 W.A.C. 4, 85 C.C.C. (3d) 188, 17 C.R.R. (2d) 356, allowing the Crown's appeal from a judgment of Geatros J. (1993), 108 Sask. R. 193, quashing a subpoena. Appeal dismissed.

Hugh M. Harradence, for the appellant.

celles accordées par l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Jurisprudence

Citée par les juges Sopinka et Iacobucci

Arrêts appliqués: *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, conf. (1993), 80 C.C.C. (3d) 397 (C.A. Ont.); *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; **arrêt critiqué:** *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606, 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. c. Devasagayam*); **arrêts mentionnés:** *Perreault c. Thivierge* (1992), 17 C.R.R. (2d) 361; *R. c. Jobin*, [1995] 2 R.C.S. 78.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt appliqué: *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; **arrêts mentionnés:** *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11c), 13, 24(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 784(1).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 37].
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5.

Doctrine citée

Ratushny, Edward. «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle», dans Gérald-A. Beaudoin et Edward Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 503.
 Warren, Earl. «The Law and the Future», in *Fortune* (November 1955), 106.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1993), 113 Sask. R. 4, 52 W.A.C. 4, 85 C.C.C. (3d) 188, 17 C.R.R. (2d) 356, qui a accueilli l'appel du ministère public contre un jugement du juge Geatros (1993), 108 Sask. R. 193, qui avait annulé une assignation. Pourvoi rejeté.

Hugh M. Harradence, pour l'appellant.

Graeme G. Mitchell, for the respondent.

Graeme G. Mitchell, pour l'intimée.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

1 SOPINKA AND IACOBUCCI JJ. — The important question in this appeal is very similar to that which was raised in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, heard together with this appeal, namely, are persons separately charged with an offence compellable as witnesses at the preliminary inquiries of other persons charged with the same offence?

LES JUGES SOPINKA ET IACOBUCCI — La question importante que soulève le présent pourvoi est fort semblable à celle soulevée dans le pourvoi *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, entendu simultanément, soit celle de savoir si les personnes accusées séparément d'une infraction sont des témoins contraignables à l'enquête préliminaire d'autres personnes accusées de la même infraction.

I. Facts

I. Les faits

2 The appellant, Dorne James Primeau, was jointly charged along with Rory Michael Cornish with the first degree murder of Calvin Aubichon. On a separate information, Jerry Allan Lefort was charged with the same murder.

L'appelant, Dorne James Primeau, et Rory Michael Cornish ont été accusés conjointement du meurtre au premier degré de Calvin Aubichon. Dans une dénonciation distincte, Jerry Allan Lefort a été accusé du même meurtre.

3 A preliminary inquiry against Primeau and Cornish was scheduled at the Saskatchewan Provincial Court for June 1993. Lefort's preliminary inquiry, however, began in March 1993. Primeau was subpoenaed to testify at Lefort's inquiry (an order of production was obtained, Primeau being on remand). As a result, Primeau filed a motion seeking: (1) relief under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to prevent him from being compelled as a witness at the preliminary inquiry of Lefort; and, (2) a writ of prohibition to prevent the Provincial Court judge from compelling his presence at the inquiry, and to prevent him from being compelled to testify at that inquiry.

L'enquête préliminaire de Primeau et Cornish devait avoir lieu en juin 1993 devant la Cour provinciale de la Saskatchewan. Cependant, celle de Lefort a commencé en mars 1993. Primeau a été assigné à témoigner à l'enquête de Lefort (Primeau ayant fait l'objet d'une ordonnance d'amener du fait qu'il était sous garde). Primeau a, par la suite, déposé une requête visant à obtenir (1) réparation, en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, afin de l'empêcher d'être contraint à témoigner à l'enquête préliminaire de Lefort, et (2) un bref de prohibition empêchant le juge de la Cour provinciale de le contraindre à comparaître à l'enquête et de le forcer à y témoigner.

4 The Saskatchewan Court of Queen's Bench granted Primeau's motion: (1993), 108 Sask. R. 193. The Crown's appeal to the Court of Appeal was allowed: (1993), 113 Sask. R. 4, 52 W.A.C. 4, 85 C.C.C. (3d) 188, 17 C.R.R. (2d) 356. This Court granted leave to appeal from the Court of Appeal's decision: [1993] 4 S.C.R. vii.

La Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a fait droit à la requête de Primeau: (1993), 108 Sask. R. 193. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par le ministère public: (1993), 113 Sask. R. 4, 52 W.A.C. 4, 85 C.C.C. (3d) 188, 17 C.R.R. (2d) 356. Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi contre la décision de la Cour d'appel: [1993] 4 R.C.S. vii.

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

With one exception, the constitutional and statutory provisions relevant to this appeal are the same as those relevant to the judgment in *S. (R.J.)*, *supra*, and they are reproduced in those reasons for judgment. The exception is the following:

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46

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

III. Judgments

Saskatchewan Court of Queen's Bench (1993), 108 Sask. R. 193

Geatros J. first noted the alternative remedies sought in Primeau's motion, namely, relief under s. 24(1) of the *Charter*, and relief by way of a writ of prohibition. Geatros J. then followed *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606 (Gen. Div.), 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. v. Devasagayam*), and stated that the rights protected by s. 7 of the *Charter* go beyond the rights protected in ss. 11(c) and 13. He quoted a passage from E. Ratushny, "The Role of the Accused in the Criminal Process", in G.-A. Beaudoin and E. Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989), 451, at pp. 483-84, in which it is suggested that "many of the protections provided by the criminal process may be subverted by calling the suspect or accused as a witness at some other proceeding prior to his criminal trial". He indicated that Primeau did not seek relief prematurely, and concluded (at p. 198):

By compelling Primeau to testify at the preliminary inquiry of Lefort, his right to silence has been effectively denied. It is not an answer for the Crown to say that Primeau's testimony at the preliminary inquiry could not be used against him at his trial. He is entitled to say nothing until his trial, and then only if he chooses to testify. If Primeau were required to testify at this time

II. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

À une exception près, les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes en l'espèce sont les mêmes que celles dont il était question dans l'arrêt *S. (R.J.)*, précité, où elles sont reproduites. L'exception est la suivante:

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

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

III. Les décisions d'instance inférieure

Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan (1993), 108 Sask. R. 193

Le juge Geatros a d'abord fait remarquer que, dans sa requête, Primeau demandait des réparations subsidiaires, à savoir une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, et un bref de prohibition. Le juge Geatros a ensuite suivi la décision *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606 (Div. gén.), 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. c. Devasagayam*), et a affirmé que les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte* vont au-delà de ceux protégés par l'al. 11c) et l'art. 13. Il a cité un passage d'un article de E. Ratushny, intitulé «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle», publié dans G.-A. Beaudoin et E. Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd. 1989), 503, à la p. 541, dans laquelle il affirme qu'il «est possible pour l'accusation de priver l'accusé ou le suspect de bon nombre des protections du processus pénal en l'assignant comme témoin à des procédures autres que son procès». Le juge Geatros a indiqué que Primeau n'avait pas présenté prématurément sa demande de réparation et il a conclu (à la p. 198):

[TRADUCTION] En contraignant Primeau à témoigner à l'enquête préliminaire de Lefort, on l'a effectivement privé de son droit de garder le silence. Le ministère public ne peut répondre à cela que le témoignage de Primeau à l'enquête préliminaire ne pourrait être utilisé contre lui au cours de son procès. Primeau a le droit de garder le silence jusqu'à son procès, et ce, uniquement

the Crown would acquire an advantage indirectly that it could not obtain directly.

Geatros J. granted Primeau's motion and ordered, "under s. 24(1) of the *Charter*, that [Primeau could not] be compelled to testify" at the preliminary inquiry of Lefort.

Court of Appeal for Saskatchewan (1993), 85 C.C.C. (3d) 188

7

Gerwing J.A., for the court, discussed the appeal before her almost exclusively with regard to other reported decisions. In this regard, she indicated that two decisions cited to her were in direct conflict, *Praisoody, supra*, and *Perreault v. Thivierge* (1992), 17 C.R.R. (2d) 361 (Que. C.A.). She quoted from the latter case, in which the following was stated:

[TRANSCRIPTION] Up to the present time, except for the isolated decision referred to by the appellant rendered by the Ontario Court (General Division) in [*Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606, at p. 618], I know of no other precedent which has held that the fact of being charged or of having already been committed for trial prevents the subpoena of an individual as a witness at the preliminary inquiry of another on the ground that he might thereby be required to disclose his defence at an earlier time than he would otherwise have had to.

Further, Gerwing J.A. indicated that the decision in *Praisoody* was considered by the Ontario Court of Appeal in *R. v. S. (R.J.)* (1993), 80 C.C.C. (3d) 397, and she noted that: "[w]hile the court [in *S. (R.J.)*] did refer to and distinguish [*Praisoody*], *supra*, on the basis that it dealt with a preliminary inquiry, it did not do so, in our view, in a way which suggested its correctness" (p. 191).

8

Gerwing J.A. expressed a preference for the decision of the Quebec Court of Appeal in *Perreault* and for the Ontario Court of Appeal decision in *S. (R.J.)*. She allowed the Crown's appeal and set aside the order of Geatros J.

s'il choisit de témoigner. Si Primeau était tenu de témoigner maintenant, le ministère public obtiendrait indirectement un avantage qu'il ne pourrait obtenir directement.

Le juge Geatros a fait droit à la requête de Primeau et a ordonné, [TRANSCRIPTION] «en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, qu[e] [Primeau ne puisse] être contraint à témoigner» à l'enquête préliminaire de Lefort.

Cour d'appel de la Saskatchewan (1993), 85 C.C.C. (3d) 188

Le juge Gerwing a, au nom de la cour, examiné l'appel dont elle était saisie, presque exclusivement à la lumière d'autres décisions publiées. À ce propos, elle a indiqué que deux des décisions citées devant elle entraient directement en conflit: *Praisoody*, précitée, et *Perreault c. Thivierge* (1992), 17 C.R.R. (2d) 361 (C.A. Qué.). Elle cite un passage tiré de ce dernier arrêt:

Jusqu'à ce jour, si ce n'est de la décision isolée citée par l'appelant et prononcée par la Cour de l'Ontario (General Division) dans [l'affaire *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606, à la p. 618], je ne connais aucun précédent décrétant que le fait d'être accusé ou déjà cité à procès empêche l'assignation d'un individu comme témoin lors de l'enquête préliminaire d'un autre pour le motif qu'il pourrait ainsi être obligé de révéler sa défense au préalable.

Le juge Gerwing a, en outre, indiqué que la Cour d'appel de l'Ontario avait examiné la décision *Praisoody* dans l'arrêt *R. c. S. (R.J.)* (1993), 80 C.C.C. (3d) 397, et a souligné que [TRANSCRIPTION] «[b]ien que la cour [dans *S. (R.J.)*] ait mentionné la décision [*Praisoody*], précitée, et ait établi avec celle-ci une distinction fondée sur le fait qu'il était question d'une enquête préliminaire dans ce dernier cas, elle ne l'a pas fait, à notre avis, d'une façon qui portait à croire qu'elle était correcte» (p. 191).

Le juge Gerwing a dit préférer l'arrêt *Perreault* de la Cour d'appel du Québec ainsi que l'arrêt *S. (R.J.)* de la Cour d'appel de l'Ontario. Elle a accueilli l'appel du ministère public et annulé l'ordonnance du juge Geatros.

IV. Issues

There are two issues in this appeal:

1. Does this Court have jurisdiction to entertain an appeal?
2. Are persons separately charged with an offence compellable as witnesses at the preliminary inquiries of other persons charged with the same offence, or would compellability in this context violate s. 7 of the *Charter*?

No constitutional questions were stated in this appeal, although the judgments below implicitly rest upon conclusions which affect the constitutionality of statutory subpoena powers as well as s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. However, since the necessary constitutional questions were stated as part of the appeal in *S. (R.J.)* and *R. v. Jobin*, [1995] 2 S.C.R. 78, heard together with this appeal, this deficiency can be ignored.

V. AnalysisA. *Issue 1: Does this Court have jurisdiction to entertain an appeal?*

The appellant sought at the outset to challenge a subpoena, issued from the Provincial Court, to testify at the preliminary inquiry of a co-accused. He argued that the subpoena violated his *Charter* right to protection against self-incrimination. The jurisdictional point in the present appeal is similar to that addressed by this Court in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. Lamer C.J., writing for the majority, phrased the issue as follows (at p. 856):

... what court(s) have jurisdiction to hear a third party challenge to a publication ban order sought by the Crown and/or defendant(s) in a criminal proceeding, and made by a provincial or superior court judge under his or her common law or legislated discretionary authority?

IV. Les questions en litige

Deux questions sont soulevées en l'espèce:

1. Notre Cour a-t-elle compétence pour entendre un appel?
2. Les personnes accusées séparément d'une infraction sont-elles des témoins contraignables à l'enquête préliminaire d'autres personnes accusées de la même infraction, ou la contraignabilité dans ce contexte violerait-elle l'art. 7 de la *Charte*?

Aucune question constitutionnelle n'a été formulée en l'espèce, quoique les décisions des instances inférieures se fondent implicitement sur des conclusions touchant la constitutionnalité des pouvoirs d'assignation prévus par la loi, et celle de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Toutefois, on peut ignorer cette lacune puisque les questions constitutionnelles requises ont été formulées dans le cadre des pourvois *S. (R.J.)* et *R. c. Jobin*, [1995] 2 R.C.S. 78, entendus en même temps que le présent pourvoi.

V. AnalyseA. *Question 1: Notre Cour a-t-elle compétence pour entendre un appel?*

L'appelant a cherché au départ à contester l'assignation à témoigner à l'enquête préliminaire d'un coaccusé, que la Cour provinciale avait délivrée. Il a soutenu que cette assignation violait le droit de ne pas s'incriminer que lui garantissait la *Charte*. La question de compétence, en l'espèce, est semblable à celle que notre Cour a examinée dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. Le juge en chef Lamer y formule, au nom de la majorité, la question suivante, à la p. 856:

... quels sont les tribunaux qui ont compétence pour entendre la contestation par une tierce partie d'une ordonnance de non-publication demandée par le ministère public ou le(s) défendeur(s) dans une procédure criminelle et rendue par un juge d'une cour provinciale ou supérieure en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative?

Although the specific order challenged in the case at bar is a subpoena and not a publication ban, this case can nonetheless be evaluated in the light of the procedural scheme laid down in *Dagenais*, which outlines the channels to follow when seeking redress of a court order that potentially violates the *Charter*.

Bien que l'ordonnance contestée en l'espèce soit une assignation à témoigner et non une interdiction de publication, le présent pourvoi peut néanmoins être évalué en fonction du régime procédural établi dans l'arrêt *Dagenais*, qui expose les voies à suivre lorsqu'on veut obtenir une réparation relativement à une ordonnance judiciaire susceptible de violer la *Charte*.

11 In *Dagenais*, the Court traces two separate paths to follow for challenges to orders made in a criminal proceeding: one for the parties to the proceeding, another for third parties. Both the accused and the Crown must apply for relief to the trial judge, or to the level of court having jurisdiction to hear the trial, if known, or otherwise to a superior court judge. An appeal of such a decision must await the end of the trial.

Dans l'arrêt *Dagenais*, la Cour trace deux voies distinctes à suivre pour contester des ordonnances en matière criminelle: l'une pour les parties aux procédures, l'autre pour les tierces parties. L'accusé et le ministère public doivent tous deux présenter une demande de réparation au juge du procès, ou au tribunal compétent pour entendre l'affaire, s'il est connu, sinon à un juge de cour supérieure. Ce n'est qu'à la fin du procès qu'on peut en appeler de la décision rendue à ce propos.

12 The procedure for third parties differs for two reasons. First, a third party, being outside the actual proceedings, cannot apply to the trial judge for relief. Second, an order deciding an issue with respect to a third party is a final order. Such a characterization is important in order to comply with the general rule barring interlocutory appeals in criminal matters.

La procédure applicable aux tierces parties diffère pour deux raisons. Premièrement, du fait qu'elle n'est pas partie aux procédures, une tierce partie ne peut demander réparation au juge de procès. Deuxièmement, une ordonnance qui tranche une question relativement à une tierce partie est définitive. Cette qualification est importante si l'on veut se conformer à la règle générale qui interdit les appels interlocutoires en matière criminelle.

13 As a result of these two differences, the procedural route to follow for a third party is determined by the level of court issuing the order. A provincial court order is to be challenged through an application to a superior court judge for the extraordinary remedy of *certiorari*. However, given that this remedy is limited to the quashing of an order, the Court decided that it was necessary, for specific circumstances, to enlarge the remedial scope of *certiorari* (at p. 866):

Compte tenu de ces deux différences, c'est le tribunal qui délivre l'ordonnance qui détermine la procédure que la tierce partie devra suivre. On doit, pour contester une ordonnance de la Cour provinciale, présenter à un juge de cour supérieure une demande de redressement extraordinaire de la nature d'un *certiorari*. Cependant, puisque ce redressement se limite à l'annulation d'une ordonnance, la Cour décide, à la p. 866 de l'arrêt *Dagenais*, qu'il est nécessaire, dans certaines circonstances, d'élargir la portée réparatrice du *certiorari*:

... it is open to this Court to enlarge the remedial powers of *certiorari* and I do so now for limited circumstances. Given that the common law rule authorizing publication bans must be consistent with *Charter* principles, I am of the view that the remedies available where a judge errs in applying this rule should be consistent with the remedial powers under the *Charter*. Therefore, the remedial powers of *certiorari* should be expanded to

... notre Cour peut élargir les pouvoirs de redressement du *certiorari*, et c'est ce que je fais maintenant pour des circonstances limitées. Puisque la règle de common law qui permet les interdictions de publication doit être compatible avec les principes de la *Charte*, je suis d'avis que, lorsqu'un juge commet une erreur dans l'application de cette règle, les réparations qui peuvent être accordées doivent elles aussi être compatibles avec les

include the remedies that are available through s. 24(1) of the *Charter*. [Emphasis in original.]

By the reasoning of the Court, the advantages of this route lie in its use of established procedures and its consistency with recent decisions of the Court. Moreover, an immediate appeal becomes possible from an order granting or refusing to grant *certiorari* through the operation of s. 784(1) of the *Criminal Code*. A further appeal to this Court is possible where leave to appeal is obtained pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26.

A different route is required for the challenging of an order made by a superior court judge, as *certiorari* does not lie against the decision of such a judge. As a result, the Court in *Dagenais* held that such orders should be challenged by seeking leave to appeal directly to this Court pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

The appellant has been subpoenaed to testify at the preliminary inquiry of a co-accused. Despite this fact, the subpoena has not occurred in the context of his own trial, and as such we cannot consider him as a party to the criminal proceedings which generated the order he wishes to challenge. He is a third party to the trial of Lefort, and consequently, he must follow the procedures for third parties as outlined in *Dagenais*.

As the order in question has been issued by the Provincial Court, the appellant must challenge it by seeking the extraordinary remedy of *certiorari* from a superior court judge. Technically, of course, the appellant has not followed the correct procedure as he sought relief in the form of a s. 24(1) *Charter* remedy and by means of prohibition. However, neither the appellant nor the superior court judge had the benefit of the reasons of this Court in *Dagenais* to guide them. If one exam-

pouvoirs de redressement fondés sur la *Charte*. Par conséquent, les pouvoirs de redressement du *certiorari* devraient être élargis pour inclure les réparations qu'offre le par. 24(1) de la *Charte*. [Souligné dans l'original.]

Selon le raisonnement de la Cour, cette façon de procéder a l'avantage de faire appel à des procédures établies et d'être conforme à la jurisprudence récente de notre Cour. Par ailleurs, une ordonnance accordant ou refusant le *certiorari* peut faire immédiatement l'objet d'un appel fondé sur le par. 784(1) du *Code criminel*. Un pourvoi devant notre Cour est également possible lorsqu'une autorisation en ce sens est obtenue conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26.

Il faut procéder autrement lorsqu'il s'agit de contester une ordonnance rendue par un juge de cour supérieure, puisqu'une telle ordonnance n'est pas susceptible de révision par voie de *certiorari*. En conséquence, la Cour, dans l'arrêt *Dagenais*, est arrivée à la conclusion que ces ordonnances devaient être contestées en demandant une autorisation de pourvoi directement à notre Cour, conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

L'appelant a été assigné à témoigner à l'enquête préliminaire d'un coaccusé. Malgré ce fait, cette assignation n'a pas été faite dans le contexte de son propre procès et c'est pourquoi il nous est impossible de le considérer comme une partie aux procédures criminelles à l'origine de l'ordonnance qu'il souhaite contester. Il est une tierce partie au procès de Lefort et il doit donc suivre la procédure applicable aux tierces parties, qui a été exposée dans l'arrêt *Dagenais*.

Puisque l'ordonnance en question a été rendue par la Cour provinciale, l'appelant doit, pour la contester, présenter à un juge de cour supérieure une demande de redressement extraordinaire de la nature d'un *certiorari*. Il va sans dire, en principe, que l'appelant n'a pas suivi la bonne procédure puisqu'il a demandé une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte* et sous la forme d'un bref de prohibition. Toutefois, ni l'appelant ni le juge de cour supérieure n'avaient eu l'avantage de lire

14

15

16

ines the nature of the application made by the appellant, there is considerable resemblance between prohibition and the s. 24(1) remedy sought, and the expanded notion of *certiorari* developed in *Dagenais*. In that respect, both approaches involve applications for prerogative writs. Since the remedy sought by the appellant is substantially similar to the type that could be sought through *certiorari* after *Dagenais*, we are of the view that the proceedings in the present case should, for the purposes of determining jurisdiction, be treated as tantamount to a *Dagenais certiorari* application. Indeed, we should presume that the appellant would have framed his application in the proper manner had this Court's decision in *Dagenais* been available to him at the time.

les motifs de notre Cour dans l'arrêt *Dagenais*. On se rend compte, à l'examen de la nature de la demande de l'appellant, qu'il existe une grande similitude entre la prohibition et la réparation fondée sur le par. 24(1) qui sont demandées, et la notion élargie du *certiorari* formulée dans l'arrêt *Dagenais*. À cet égard, les deux façons de procéder comportent des demandes de bref de prérogative. Puisque la réparation demandée par l'appellant est essentiellement semblable à celle qui pouvait l'être au moyen d'un *certiorari* après l'arrêt *Dagenais*, nous sommes d'avis que, pour déterminer la compétence, les procédures en l'espèce devraient être considérées comme équivalant à une demande de *certiorari* du genre dont il est question dans l'arrêt *Dagenais*. En fait, nous devrions présumer que l'appellant aurait formulé sa demande de la bonne manière s'il avait disposé, à l'époque, de l'arrêt *Dagenais* de notre Cour.

17 Because we are willing to consider that the appellant has in effect complied with the requirements set out in *Dagenais*, we find that this Court has jurisdiction.

B. *Issue 2: Are persons separately charged with an offence compellable as witnesses at the preliminary inquiries of other persons charged with the same offence, or would compellability in this context violate s. 7 of the Charter?*

Puisque nous sommes disposés à considérer que l'appellant s'est en réalité conformé aux exigences formulées dans l'arrêt *Dagenais*, nous concluons que notre Cour a compétence.

B. *Question 2: Les personnes accusées séparément d'une infraction sont-elles des témoins contraignables à l'enquête préliminaire d'autres personnes accusées de la même infraction, ou la contraignabilité dans ce contexte violerait-elle l'art. 7 de la Charte?*

18 Geatros J. adopted the reasoning of *Praisoody*, *supra*, in quashing the subpoena issued against Primeau. The approach adopted by Geatros J. is not in accordance with our decision in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, released concurrently, and the Court of Appeal was right to allow the appeal.

Le juge Geatros a adopté le raisonnement de la décision *Praisoody*, précitée, pour annuler l'assignation délivrée contre Primeau. La façon de procéder adoptée par le juge Geatros n'est pas conforme à notre arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, rendu simultanément, et la Cour d'appel a eu raison d'accueillir l'appel.

19 The argument of the appellant focuses attention upon his status as an accused person, and excludes analysis of the purpose for which the state wishes to compel his testimony. As expressed by Iacobucci J. in his reasons in *S. (R.J.)*, *supra*, this focus is inappropriate. Those reasons, which were elaborated on in *Branch*, indicate that, even if separately charged as an accused person, a witness

L'argumentation de l'appellant met l'accent sur sa situation en tant qu'accusé et exclut l'analyse du but dans lequel l'État désire le contraindre à témoigner. Comme le juge Iacobucci l'a dit dans les motifs qu'il a rédigés dans l'arrêt *S. (R.J.)*, précité, il ne convient pas d'insister sur ce point. Ces motifs, qui ont été développés dans l'arrêt *Branch*, indiquent que, même s'il est accusé séparément, le

appearing in another person's criminal trial will ordinarily be compellable in that criminal trial unless it is established that the predominant purpose in compelling the testimony is incrimination of the witness. If that be the case, then a similar test must be applied in respect of the preliminary inquiry, since the criminal trial might never be reached if the Crown is unable to call proposed trial evidence at that inquiry. Finally, there is no evidence to suggest that the predominant purpose of the preliminary inquiry is a form of proposed pre-trial interrogation in respect of Primeau or is otherwise objectionable, such that a different analysis might have obtained on the basis of the reasons expressed in *S. (R.J.)* and *Branch*.

VI. Disposition

Primeau was properly compellable at the preliminary inquiry against Lefort. At subsequent proceedings against him, Primeau would be entitled to the protections against self-incrimination described in *S. (R.J.)* and *Branch*. We would therefore dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This case raises the issue of whether it is consistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to compel a person charged separately with an offence, here the appellant, to testify at a criminal proceeding of another person charged with an offence arising from the same set of circumstances. In addition to this substantive issue, this case also raises a jurisdictional issue concerning whether and how a witness can challenge a subpoena or other order issued by a justice of the peace or a provincial court judge compelling him to testify at a criminal proceeding. In particular, it is necessary to determine whether this Court has jurisdiction to entertain this appeal.

témoin qui comparait au procès criminel d'une autre personne sera habituellement contraignable à ce procès, sauf s'il est établi que la contrainte à témoigner a pour objet prédominant d'incriminer le témoin. Le cas échéant, un critère semblable doit être appliqué à l'égard de l'enquête préliminaire, puisque le procès criminel pourrait ne jamais avoir lieu si le ministère public est incapable d'assigner à l'enquête un témoin qu'il se propose de faire témoigner au procès. Enfin, il n'y a aucune preuve que l'objet prédominant de l'enquête préliminaire est une forme d'interrogatoire antérieur au procès que l'on se propose de faire subir à Primeau, ou qu'elle est autrement répréhensible, de sorte qu'une analyse différente aurait peut-être pu être faite pour les motifs exposés dans les arrêts *S. (R.J.)* et *Branch*.

VI. Dispositif

Primeau était un témoin régulièrement contraignable à l'enquête préliminaire de Lefort. Dans des procédures ultérieurement engagées contre lui, Primeau aurait droit aux garanties contre l'auto-incrimination qui sont décrites dans les arrêts *S. (R.J.)* et *Branch*. En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Ce pourvoi soulève la question de savoir s'il est conforme à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* de contraindre une personne accusée séparément d'une infraction, en l'occurrence l'appelant, à témoigner dans des procédures criminelles engagées contre une autre personne accusée d'une infraction découlant des mêmes faits. Outre cette question de fond, le pourvoi soulève aussi une question de compétence quant à savoir si et comment un témoin peut contester une assignation ou une autre ordonnance délivrée par un juge de paix ou un juge d'une cour provinciale le contraignant à témoigner dans des procédures criminelles. Plus particulièrement, il s'agit de déterminer si notre Cour a compétence pour entendre le présent pourvoi.

22 I have read the joint reasons of my colleagues Sopinka and Iacobucci JJ. on these two questions. While I agree with their conclusion that this Court has jurisdiction to hear this appeal and that the appellant is compellable at the preliminary inquiry of Jerry Allan Lefort, I do not entirely agree with their reasons to this effect.

I. Facts and Proceedings

23 The appellant and Rory Michael Cornish are jointly charged with the first degree murder of Calvin Aubichon. On a separate information, Lefort is also charged with the first degree murder of Aubichon. The appellant was subpoenaed by a provincial court judge to testify at the preliminary inquiry of Lefort (an order of production was obtained since Primeau was on remand). In response, the appellant applied to the Court of Queen's Bench, pursuant to s. 24(1) of the *Charter*, for an order not to be compelled to testify at the preliminary inquiry in question. The appellant also applied for a writ of prohibition to prevent the Provincial Court judge from compelling his presence at the preliminary inquiry and from requiring him to testify. On March 30, 1993, Geatros J. of the Saskatchewan Court of Queen's Bench granted the appellant's motion on the basis that the appellant's rights under s. 7 of the *Charter* would be violated if he were compelled to testify at the preliminary inquiry: (1993), 108 Sask. R. 193. On June 7, 1993, the Court of Appeal for Saskatchewan allowed the respondent's appeal: (1993), 113 Sask. R. 4, 52 W.A.C. 4, 85 C.C.C. (3d) 188, 17 C.R.R. (2d) 356. It is from this decision that the appellant appeals to this Court.

II. Analysis

A. *Jurisdiction*

24 The jurisdictional issue raised by this case concerns whether and how a witness can challenge a subpoena or other order compelling him to testify at a criminal proceeding. This issue is a component of the larger question of whether and how third parties can challenge interlocutory court orders

J'ai lu les motifs conjoints de mes collègues les juges Sopinka et Iacobucci relativement à ces deux questions. Bien que je sois d'accord avec leur conclusion suivant laquelle notre Cour a compétence pour entendre le présent pourvoi et que l'appellant peut être contraint à témoigner à l'enquête préliminaire de Jerry Allan Lefort, je ne suis, toutefois, pas entièrement d'accord avec leurs motifs.

I. Faits et procédures

L'appellant et Rory Michael Cornish sont accusés conjointement du meurtre au premier degré de Calvin Aubichon. Dans une dénonciation distincte, Lefort est aussi accusé du meurtre au premier degré d'Aubichon. L'appellant a été assigné par un juge de la Cour provinciale à témoigner à l'enquête préliminaire de Lefort (Primeau a fait l'objet d'une ordonnance d'amener du fait qu'il était sous garde). En réponse, l'appellant a demandé à la Cour du Banc de la Reine, conformément au par. 24(1) de la *Charte*, une ordonnance le soustrayant à l'obligation de témoigner à l'enquête préliminaire en question. Il a aussi demandé un bref de prohibition afin d'empêcher le juge de la Cour provinciale de le contraindre à comparaître et à témoigner à cette enquête préliminaire. Le 30 mars 1993, le juge Geatros de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a fait droit à la requête de l'appellant pour le motif que, s'il était forcé de témoigner à l'enquête préliminaire, il y aurait violation des droits garantis à l'appellant par l'art. 7 de la *Charte*: (1993), 108 Sask. R. 193. Le 7 juin 1993, la Cour d'appel de la Saskatchewan a accueilli l'appel de l'intimée: (1993), 113 Sask. R. 4, 52 W.A.C. 4, 85 C.C.C. (3d) 188, 17 C.R.R. (2d) 356. C'est contre cet arrêt que l'appellant se pourvoit devant notre Cour.

II. Analyse

A. *La compétence*

La question de compétence soulevée par le présent pourvoi consiste à déterminer si et comment un témoin peut contester une assignation ou une autre ordonnance le contraignant à témoigner dans des procédures criminelles. Elle s'inscrit à l'intérieur de la question plus générale de savoir si et

arising out of criminal proceedings. This larger question was recently addressed by this Court in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

In *Dagenais*, this Court considered the procedural avenues through which a third party could challenge a publication ban issued in the criminal context. The majority held that where such a publication ban is issued by a superior court judge, a third party can challenge it by appealing (with leave) directly to this Court. On the other hand, where such a publication ban is issued by a provincial court judge, a third party can challenge it by applying to a superior court judge for a writ of *certiorari*. The decision of the superior court judge is then subject to appeal to the Court of Appeal, and from there, with leave, to this Court.

Technically, *Dagenais* dealt only with third party challenges to publication bans. However, like my colleagues Sopinka and Iacobucci JJ., I believe that the procedures outlined by the majority in *Dagenais* are, as an inevitable consequence, also applicable with respect to third party challenges to other court orders, such as subpoenas, issued in the criminal context. In saying this, I do not want to be misunderstood as expressing support for the majority's position in *Dagenais*. I continue to disagree with many aspects of the majority's decision for the reasons outlined in my dissenting reasons. Nonetheless, despite my concerns, I feel bound to follow the decision of the majority.

Applying the decision of the majority to the case at hand, I find that the appellant should have challenged the impugned subpoena through the prerogative writ of *certiorari*, as expanded in *Dagenais*. This was not, however, the procedure followed by the appellant. Instead, the appellant sought prohibition and a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. Moreover, the decision of Geatros J. quashing the

comment des tierces parties peuvent contester les ordonnances judiciaires interlocutoires émanant de procédures criminelles. Notre Cour a récemment abordé cette question générale dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Dans l'arrêt *Dagenais*, la Cour a examiné les moyens procéduraux par lesquels un tiers peut contester une ordonnance de non-publication délivrée dans le cadre de procédures criminelles. La Cour à la majorité a décidé que, lorsqu'une telle ordonnance est délivrée par un juge d'une cour supérieure, un tiers peut la contester en interjetant appel directement devant notre Cour, avec son autorisation. Par contre, lorsqu'une telle ordonnance de non-publication est délivrée par un juge d'une cour provinciale, le tiers peut la contester en demandant à un juge d'une cour supérieure de décerner un bref de *certiorari*. La décision du juge d'une cour supérieure peut alors faire l'objet d'un appel devant la cour d'appel et, de là, d'un pourvoi devant notre Cour, avec son autorisation.

Techniquement, l'arrêt *Dagenais* ne portait que sur la contestation d'interdictions de publication par des tiers. À l'instar de mes collègues les juges Sopinka et Iacobucci, j'estime, toutefois, que les moyens procéduraux exposés par la Cour à la majorité dans cet arrêt s'appliquent inévitablement aux contestations d'autres ordonnances judiciaires par des tiers, telles les assignations délivrées dans le cadre de procédures criminelles. Ceci dit, on ne saurait en déduire que je partage l'opinion exprimée par la Cour à la majorité dans l'arrêt *Dagenais*. Je continue d'être en désaccord sur de nombreux aspects des motifs majoritaires, pour les raisons exposées dans ma dissidence. Néanmoins, en dépit de ma réticence, je me sens liée par l'arrêt majoritaire.

Appliquant ici cet arrêt majoritaire, je conclus que l'appelant aurait dû contester l'assignation en question au moyen d'un bref de prérogative de *certiorari*, tel qu'élaboré dans l'arrêt *Dagenais*. Ce n'est pas, cependant, la procédure suivie par l'appelant. Il a plutôt demandé un bref de prohibition et une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. De plus, la décision du juge Geatros d'an-

25

26

27

subpoena was grounded not in prohibition, but in s. 24(1) of the *Charter*.

nuler l'assignation n'a pas été rendue en matière de prohibition, mais est fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*.

28 While the procedure followed by the appellant in challenging the impugned subpoena was not the one suggested in *Dagenais*, it nonetheless was, on the facts of this case, open to him. This Court, in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, determined that a superior court judge is a court of competent jurisdiction to hear an application for *Charter* relief such as the one made by the appellant. As well, in the circumstances of this case, the appellant could apply for a writ of prohibition. Although applicants challenging subpoenas issued by provincial court judges in the criminal context should, from now on, follow the procedural route set out in *Dagenais*, the appellant in this case should not be faulted for having followed a somewhat different procedural route, given that he first applied to quash his subpoena prior to the release of this Court's decision in *Dagenais*. This said, the question which remains is whether the decision of Geatros J., based as it was on s. 24(1) of the *Charter*, was subject to appeal.

Même si l'appellant n'a pas suivi la procédure proposée dans l'arrêt *Dagenais* pour contester son assignation, il lui était néanmoins loisible de le faire, compte tenu des faits de la présente affaire. Dans l'arrêt *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, notre Cour a décidé qu'un juge d'une cour supérieure a compétence pour entendre une demande de réparation fondée sur la *Charte*, analogue à celle présentée par l'appellant. Dans les circonstances de la présente affaire, l'appellant pouvait aussi requérir un bref de prohibition. Bien que la contestation d'assignations délivrées, en matière criminelle, par des juges de cour provinciale devrait dorénavant suivre la procédure établie dans l'arrêt *Dagenais*, on ne saurait reprocher à l'appellant d'avoir suivi une procédure quelque peu différente, étant donné que sa demande initiale d'annulation de son assignation a été présentée avant le dépôt de l'arrêt *Dagenais* de notre Cour. Ceci dit, il reste à déterminer s'il était possible d'en appeler de la décision du juge Geatros, fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*.

29 On this question, I note that while the appellant's s. 24(1) application to quash the impugned subpoena differed in form from the procedure outlined in *Dagenais*, it did not differ in substance. The effect of the appellant's s. 24(1) application was identical to the effect of an application to quash a subpoena by way of *certiorari* (as expanded in *Dagenais*). Accordingly, I find that the appellant's application was tantamount to such an application for *certiorari*. Following the reasoning of this Court in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, I conclude that the appellate procedure set out in *Dagenais* with respect to an application for *certiorari* is also available in the case at hand.

Au sujet de la demande d'annulation de l'assignation formulée en vertu du par. 24(1) par l'appellant, il faut souligner que, bien qu'elle soit différente, sur le plan de la forme, de la procédure exposée dans l'arrêt *Dagenais*, elle n'en diffère pas sur le plan du fond. La demande de l'appellant, fondée sur le par. 24(1), a un effet identique à celui d'une demande d'annulation d'assignation par voie de *certiorari* (selon l'arrêt *Dagenais*). Par conséquent, je conclus que la demande de l'appellant équivalait à une telle demande de *certiorari*. Conformément au raisonnement adopté par notre Cour dans *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, je conclus que la procédure d'appel énoncée dans l'arrêt *Dagenais*, relativement à une demande de *certiorari*, peut aussi être suivie dans le cas qui nous occupe.

30 The above conclusion should not, however, be interpreted as granting a right of appeal from s. 24(1) applications generally. It was clearly held in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, that no

Cette conclusion ne devrait pas, cependant, être interprétée comme accordant un droit général d'en appeler des demandes fondées sur le par. 24(1). Il a été clairement statué, dans l'arrêt *Mills c. La*

right of appeal lies from a decision with respect to an application for a remedy under s. 24(1) of the *Charter* save where conferred by statute, or, I would add, where established at common law. In the case at hand, however, since the s. 24(1) application to quash the subpoena made by the appellant, a third party to the criminal proceedings, is identical in substance to an application to quash the subpoena through the writ of *certiorari* (as expanded in *Dagenais*), form must yield to substance and the appeal rights set out in *Dagenais* from an application for *certiorari* must be available. Such a substance over form approach to appellate jurisdiction is consistent with this Court's decision in *Jewitt, supra*, and with my reasons in *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965. To paraphrase the words of Chief Justice Warren of the United States Supreme Court ("The Law and the Future", in *Fortune* (November 1955), 106, at p. 224), the spirit and not the form of the law keeps justice alive.

Examining the "spirit" or the "substance" of the appellant's initial application to the Saskatchewan Court of Queen's Bench, I conclude that it was tantamount to an application for *certiorari* and that as such was subject to the appellate procedure set out in *Dagenais*. Accordingly, the respondent could appeal the decision of Geatros J. to the Court of Appeal. Furthermore, the appellant could, with leave, appeal the Court of Appeal's decision to this Court.

The above resolves the jurisdictional question raised by this case. However, before moving on to the substantive question concerning the compellability of the appellant, I wish to emphasize that, in my view, if a court order issued in the criminal context would be, according to *Dagenais*, open to challenge by an affected third party, it must also be open to challenge, through the same procedures, by parties to the criminal proceeding who are also affected by it. It is for this reason that I conclude that, in this case, the Crown, a party to the underlying criminal proceedings, benefits from the same

Reine, [1986] 1 R.C.S. 863, qu'il n'existe aucun droit d'en appeler d'une décision relative à une demande de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, sauf si ce droit est prévu par la loi ou, ajouterais-je, par la common law. Toutefois, comme la demande d'annulation de l'assignation faite en vertu du par. 24(1) par l'appelant, tierce partie à des procédures criminelles, est identique, sur le plan du fond, à une demande d'annulation de l'assignation au moyen d'un bref de *certiorari* (tel qu'exposé dans l'arrêt *Dagenais*), le fond doit l'emporter sur la forme et les droits d'appel énoncés dans l'arrêt *Dagenais* relativement à une demande de bref de *certiorari* doivent pouvoir être exercés. Cette façon d'aborder la compétence d'appel, soit en faisant prévaloir le fond sur la forme, est conforme à notre arrêt *Jewitt*, précité, ainsi qu'à mes motifs dans *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965. Pour paraphraser les propos du juge en chef Warren de la Cour suprême des États-Unis («The Law and the Future», dans *Fortune* (novembre 1955), 106, à la p. 224), la justice passe par l'esprit de la loi et non par la forme.

Après avoir examiné l'«esprit» ou le «fond» de la première demande présentée par l'appelant à la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, je conclus que cette demande équivalait à une demande de *certiorari* et qu'à ce titre elle était assujettie à la procédure d'appel énoncée dans l'arrêt *Dagenais*. Par conséquent, l'intimée pouvait en appeler devant la Cour d'appel de la décision du juge Geatros. En outre, l'appelant pouvait former un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel devant notre Cour, avec son autorisation.

Voilà qui règle la question de compétence soulevée par ce pourvoi. Toutefois, avant de passer à la question de fond relative à la contraignabilité de l'appelant, je tiens à préciser que, si une ordonnance judiciaire délivrée en matière criminelle est, selon l'arrêt *Dagenais*, susceptible d'être contestée par un tiers qu'elle concerne, elle doit aussi, à mon avis, pouvoir l'être, de la même manière, par les autres parties aux procédures criminelles qu'elle concerne. En conséquence, j'en conclus que le ministère public en l'espèce, qui est partie aux procédures criminelles sous-jacentes, jouit des mêmes

31

32

appellate rights as Primeau, a third party, with respect to the challenge of the impugned subpoena. In light of this, I wish to stress that the procedural route used by the Crown in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, to appeal a successful application by a third party to quash a subpoena should be avoided. In *S. (R.J.)*, a third party successfully applied to the trial judge to quash his subpoena. As a result of the quashing of the subpoena, the Crown was forced to request that the charges against the accused be dismissed on the basis of insufficient evidence. The Crown then appealed this dismissal on the grounds that the judge erred in quashing the subpoena. While such a procedure was the only option prior to *Dagenais*, this is no longer the case.

B. *Compellability*

33 The substantive issue raised by this case concerns whether it is consistent with s. 7 of the *Charter* to compel a person charged separately with an offence, here the appellant, to testify at a criminal proceeding of another person charged with an offence arising from the same set of circumstances.

34 In answering this question, I refer to my concurring reasons in *S. (R.J.)* which dealt with a similar issue. Applying the considerations I outlined in *S. (R.J.)*, I find that the appellant is compellable in the case at hand as he has not demonstrated that he is within any of the conditions outlined in *S. (R.J.)* which would allow him to challenge the impugned subpoena. This said, I note that the appellant, if compelled, will enjoy all of the *Charter* protections outlined in my concurring reasons in *S. (R.J.)*, as well as those of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5.

III. Disposition

35 For the reasons outlined above, I would dismiss the appeal.

droits d'appel que Primeau, un tiers, en ce qui a trait à la contestation de l'assignation. Je tiens à souligner, à cet égard, qu'il y a lieu d'éviter la procédure suivie par le ministère public dans l'affaire *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, pour en appeler d'une décision favorable rendue relativement à une demande d'annulation d'assignation présentée par un tiers. Dans l'affaire *S. (R.J.)*, un tiers avait demandé et obtenu du juge du procès l'annulation de son assignation. Par suite de cette annulation, le ministère public s'était vu forcé de demander le rejet des accusations portées contre l'accusé pour cause d'insuffisance de preuve. Le ministère public en avait alors appelé de ce rejet en alléguant que le juge avait eu tort d'annuler l'assignation. Même si cette procédure était la seule possible avant l'arrêt *Dagenais*, ce n'est plus le cas.

B. *La contraignabilité*

La question de fond soulevée par ce pourvoi est de savoir s'il est conforme à l'art. 7 de la *Charte* de contraindre une personne accusée séparément d'une infraction, en l'occurrence l'appellant, à témoigner dans des procédures criminelles engagées contre une autre personne accusée d'une infraction découlant des mêmes circonstances.

Afin de répondre à cette question, je renvoie à mes motifs concordants dans l'affaire *S. (R.J.)* qui portait sur une question similaire. À la lumière des considérations exposées dans mes motifs dans l'affaire *S. (R.J.)*, j'en conclus que l'appellant est contraignable ici, étant donné qu'il n'a pas démontré que l'une ou l'autre des conditions décrites dans l'arrêt *S. (R.J.)*, relativement à la contestation d'une assignation, lui est applicable. Ceci dit, je souligne que s'il est contraint à témoigner, l'appellant pourra bénéficier de toutes les garanties de la *Charte* dont j'ai fait état dans mes motifs concordants dans l'affaire *S. (R.J.)*, de même que de celles accordées par l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5.

III. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Appeal dismissed.

Pourvoi rejeté.

*Solicitors for the appellant: Harradence
Longworth Logue & Harradence, Prince Albert.*

*Procureurs de l'appelant: Harradence
Longworth Logue & Harradence, Prince Albert.*

*Solicitor for the respondent: W. Brent Cotter,
Regina.*

Procureur de l'intimée: W. Brent Cotter, Regina.

Reinie Jobin, John Sawan, Paul Ominayak, Victor Scotty, Brian Laboucan, Sullivan Laboucan, Norman Laboucan, Dwight Gladue, Walter Whitehead, Hector Whitehead, George Whitehead, John Letendre, Steve Noskey, Rodney Sinclair, Adolphus Wapoose, Gary Wapoose, Joe Laboucan, Dennis Noskey and Mark Laboucan *Appellants*

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 Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, Bruce Douglas Branch and Pal Arthur Levitt *Intervenors*

and between

John Sawan, Paul Ominayak, Victor Scotty, Brian Laboucan, Sullivan Laboucan, Norman Laboucan, Dwight Gladue, Walter Whitehead, Hector Whitehead, George Whitehead, John Letendre, Steve Noskey, Rodney Sinclair, Adolphus Wapoose, Gary Wapoose, Joe Laboucan, Dennis Noskey, Mark Laboucan, Melvin Scotty and Jim Houle *Appellants*

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

Reinie Jobin, John Sawan, Paul Ominayak, Victor Scotty, Brian Laboucan, Sullivan Laboucan, Norman Laboucan, Dwight Gladue, Walter Whitehead, Hector Whitehead, George Whitehead, John Letendre, Steve Noskey, Rodney Sinclair, Adolphus Wapoose, Gary Wapoose, Joe Laboucan, Dennis Noskey et Mark Laboucan *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, Bruce Douglas Branch et Pal Arthur Levitt *Intervenants*

et entre

John Sawan, Paul Ominayak, Victor Scotty, Brian Laboucan, Sullivan Laboucan, Norman Laboucan, Dwight Gladue, Walter Whitehead, Hector Whitehead, George Whitehead, John Letendre, Steve Noskey, Rodney Sinclair, Adolphus Wapoose, Gary Wapoose, Joe Laboucan, Dennis Noskey, Mark Laboucan, Melvin Scotty et Jim Houle *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur

Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, Bruce Douglas Branch and Pal Arthur Levitt *Interveners*

INDEXED AS: R. v. JOBIN

File No.: 23190.

1994: February 28 and March 1; 1995: April 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Right to silence — Whether accused separately charged with offence, and persons suspected of offence, compellable as witnesses at preliminary inquiries or criminal trials of other accused charged with same offence — Whether compellability in such circumstances violates principles of fundamental justice — Whether s. 5 of Canada Evidence Act constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5.

Criminal law — Procedure — Subpoenas — Third party — Accused separately charged with offence, and persons suspected of offence, subpoenaed to testify at preliminary inquiries of other accused charged with same offence — Accused and suspects claiming that compellability in such circumstances violates principles of fundamental justice — Procedure to be followed by third parties to challenge subpoenas issued by provincial court judge.

Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Correct procedure for third party challenge of provincial court order not followed since unknown at time — Procedure followed by third party substantially similar to correct procedure — Whether Supreme Court has jurisdiction to entertain appeal.

J and the other appellants are all either charged or suspects in connection with an explosion and fire that damaged a property. A provincial court judge issued subpoenas requiring them to testify at the preliminary inquiries of the other accused appellants who are sepa-

général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, Bruce Douglas Branch et Pal Arthur Levitt *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. JOBIN

N° du greffe: 23190.

1994: 28 février et 1^{er} mars; 1995: 13 avril.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Droit de garder le silence — Les personnes accusées séparément d'une infraction et les personnes soupçonnées d'une infraction sont-elles des témoins contraignables à l'enquête préliminaire ou au procès criminel d'autres personnes accusées de la même infraction? — La contraignabilité en pareilles circonstances viole-t-elle les principes de justice fondamentale? — L'article 5 de la Loi sur la preuve au Canada est-il constitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5.

Droit criminel — Procédure — Assignations — Tierce partie — Personnes accusées séparément d'une infraction et personnes soupçonnées d'une infraction assignées à témoigner à l'enquête préliminaire d'autres personnes accusées de la même infraction — Prétention des accusés et des suspects que la contraignabilité en pareilles circonstances viole les principes de justice fondamentale — Procédure devant être suivie par des tierces parties pour contester les assignations délivrées par un juge de cour provinciale.

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Procédure applicable à la contestation d'une ordonnance de cour provinciale par une tierce partie non suivie parce qu'inconnue à l'époque — Procédure suivie par la tierce partie essentiellement similaire à celle qui devait être suivie — La Cour suprême a-t-elle compétence pour entendre l'appel?

J et les autres appelants sont tous soit accusés soit soupçonnés relativement à l'explosion et à l'incendie qui ont endommagé des biens. Un juge de cour provinciale a délivré des assignations leur enjoignant de témoigner à l'enquête préliminaire des autres appelants accu-

rately charged. The accused appellants applied to a superior court judge for an order quashing the subpoenas on the ground that their right to silence under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* would be infringed. The appellants who were not charged also applied to quash the subpoenas. The superior court judge dismissed the application and the Court of Appeal dismissed the appellants' appeal for lack of jurisdiction. Sometime later, the appellants were subpoenaed to testify at J's trial. Their application to have the subpoenas quashed was again dismissed. This appeal raises two issues: (1) whether the Court has jurisdiction to hear this appeal; and (2) whether persons separately charged with an offence, and persons suspected of an offence, are compellable as witnesses at the preliminary inquiries and criminal trials of other persons charged with the same offence.

Held: The appeal should be dismissed.

(1) *Jurisdiction*

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: In seeking to challenge the subpoenas issued by the Provincial Court, the appellants must follow the procedure for third parties laid out in *Dagenais* and apply to a superior court judge for the issuance of a writ of *certiorari*. While, technically, the appellants did not follow the correct procedure since they did not have the benefit of this Court's reasons in *Dagenais*, it is sufficient that they applied for s. 24(1) *Charter* relief, which by its nature would be included in the expanded remedial scope of *certiorari* described in *Dagenais*. The Court of Appeal therefore did have jurisdiction to hear the appeal, pursuant to s. 784(1) of the *Criminal Code*. The jurisdiction of this Court follows naturally from the decision of the Court of Appeal, pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

Per L'Heureux-Dubé J.: For the concurring reasons given in *R. v. Primeau*, [1995] 2 S.C.R. 60, the appellants could appeal the superior court judge's decision to the Court of Appeal and could appeal, with leave, the Court of Appeal's decision to this Court.

sés séparément. Les appelants accusés ont demandé à un juge de cour supérieure une ordonnance annulant les assignations pour le motif qu'il y aurait violation de leur droit de garder le silence, garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les appelants non accusés ont aussi demandé l'annulation des assignations. Le juge de cour supérieure a rejeté la demande et la Cour d'appel a rejeté l'appel des appelants pour cause d'absence de compétence. Quelque temps après, les appelants ont été assignés à témoigner au procès de J. Leur demande d'annulation des assignations a de nouveau été rejetée. Le présent pourvoi soulève deux questions: (1) Notre Cour a-t-elle compétence pour entendre le présent pourvoi? Et (2) les personnes accusées séparément d'une infraction et celles soupçonnées d'une infraction sont-elles des témoins contraignables à l'enquête préliminaire et au procès criminel d'autres personnes accusées de la même infraction?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

(1) *Compétence*

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Pour contester les assignations délivrées par la Cour provinciale, les appelants doivent suivre la procédure énoncée dans l'arrêt *Dagenais* relativement aux tierces parties, et demander à un juge de cour supérieure de décerner un bref de *certiorari*. Même si, en principe, les appelants n'ont pas suivi la bonne procédure étant donné qu'ils ne bénéficiaient pas des motifs de notre Cour dans l'arrêt *Dagenais*, il suffit qu'ils aient demandé une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, qui, de par sa nature, serait comprise dans la portée réparatrice élargie du *certiorari* dont parle l'arrêt *Dagenais*. La Cour d'appel avait donc compétence pour entendre l'appel conformément au par. 784(1) du *Code criminel*. La compétence de notre Cour découle naturellement de l'arrêt de la Cour d'appel, conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

Le juge L'Heureux-Dubé: Pour les motifs concordants exposés dans l'arrêt *R. c. Primeau*, [1995] 2 R.C.S. 60, les appelants pouvaient interjeter appel de la décision du juge de cour supérieure devant la Cour d'appel, et pouvaient se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel devant notre Cour, avec son autorisation.

(2) *Compellability*

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The liberty interest under s. 7 of the *Charter* is engaged when a deprivation is imminent, and the applicants sought relief at the appropriate time when they first applied to a superior court judge for an order quashing the subpoenas. The appellants, however, could not claim a right to silence on the basis that they were entitled to claim this right by virtue of their status as “accused persons”, “suspected persons”, or “unindicted co-conspirators”. This focus on status occludes the focus required by the *Charter*, which is a focus on the purpose or character of the proceedings. There is no meaningful difference between subpoenas issued in respect of preliminary inquiries and those issued in respect of criminal trials. Since there is no evidence to suggest that the subpoenas issued in this case can be regarded as a form of pre-trial interrogation in respect of any of the appellants or are otherwise objectionable, all of the persons subpoenaed to testify were properly compellable. At subsequent proceedings against any of them, each would be entitled to the protections against self-incrimination described in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, as refined in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3.

Section 5 of the *Canada Evidence Act* does not infringe s. 7 of the *Charter*.

Per L’Heureux-Dubé J.: For the concurring reasons given in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, the appellants are compellable witnesses at the preliminary inquiries and criminal trials of the other accused appellants. If compelled to testify, they are entitled to the protection of s. 13 of the *Charter* and of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, which does not infringe the *Charter*. The appellants could also invoke the residual protection of s. 7 of the *Charter* should the circumstances be of the kind outlined in the concurring reasons in *S. (R.J.)*. However, since there is no evidence to suggest that the subpoenas issued in this case can be regarded as a form of pre-trial interrogation in respect of any of the appellants or are otherwise objectionable, none of the appellants could

(2) *Contraignabilité*

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Le droit à la liberté garanti par l’art. 7 de la *Charte* s’applique lorsqu’une atteinte est imminente, et les requérants ont demandé réparation au bon moment lorsqu’ils se sont adressés, pour la première fois, à un juge de cour supérieure pour obtenir l’annulation des assignations. Cependant, les appelants ne pouvaient pas invoquer un droit de garder le silence en faisant valoir qu’ils pouvaient le faire en raison de leur situation d’«accusés», de «suspects» ou de «coauteurs de complot non accusés». Cette attention accordée à la situation obscurcit celle qui, aux termes de la *Charte*, doit porter sur l’objet et la nature des procédures en question. Il n’y a aucune différence significative entre les assignations délivrées relativement à une enquête préliminaire et celles délivrées relativement à un procès criminel. Étant donné qu’aucun élément de preuve ne porte à croire que les assignations délivrées en l’espèce peuvent être considérées comme une forme d’interrogatoire préliminaire de l’un ou l’autre des appelants ou qu’elles sont autrement répréhensibles, toutes les personnes assignées à témoigner étaient régulièrement contraignables. Dans des procédures ultérieurement engagées contre l’une ou l’autre d’entre elles, chacune aurait droit aux garanties contre l’auto-incrimination qui sont décrites dans l’arrêt *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, et explicitées dans l’arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3.

L’article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne porte pas atteinte à l’art. 7 de la *Charte*.

Le juge L’Heureux-Dubé: Pour les motifs concordants exposés dans l’arrêt *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, les appelants sont des témoins contraignables à l’enquête préliminaire et au procès criminel des autres appelants accusés. S’ils sont forcés de témoigner, ils ont droit à la protection de l’art. 13 de la *Charte* et de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, lequel n’enfreint pas la *Charte*. Les appelants pourraient aussi invoquer la protection résiduelle de l’art. 7 de la *Charte*, si les circonstances s’avéraient similaires à celles exposées dans les motifs concordants dans l’affaire *S. (R.J.)*. Étant donné, toutefois, qu’aucun élément de preuve ne porte à croire que les assignations délivrées en l’espèce peuvent être considérées comme une forme d’interrogatoire préliminaire de l’un ou l’autre des appelants ou qu’elles sont autrement répréhensibles, aucun des appelants ne

successfully invoke the residual protection of s. 7 to quash their subpoenas at this stage, the subpoena stage.

Cases Cited

By Sopinka and Iacobucci JJ.

Applied: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Primeau*, [1995] 2 S.C.R. 60; **referred to:** *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606, 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. v. Devasagayam*); *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Paquette* (1987), 38 C.C.C. (3d) 353; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *R. v. Primeau*, [1995] 2 S.C.R. 60; **referred to:** *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 13, 24(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 698, 699, 700 [am. c. 27 (1st Suppl.), s. 148], 784(1), 813 [*idem*, s. 180; am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 12)].
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 37].

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1992), 75 C.C.C. (3d) 445, 131 A.R. 179, 25 W.A.C. 179, 10 C.R.R. (2d) 313, dismissing the appellants' appeal from a judgment of Berger J. (1991), 66 C.C.C. (3d) 281, 123 A.R. 220, dismissing applications to quash subpoenas. Appeal dismissed.

Clayton C. Ruby, Howard Rubin and Shaun Nakatsuru, for the appellants.

Paul C. Bourque, for the respondent.

S. Ronald Fainstein, Q.C., and *Robert J. Frater*, for the intervener the Attorney General of Canada.

pouvait invoquer avec succès la protection résiduelle de l'art. 7 pour faire annuler son assignation à ce stade, celui de l'assignation.

Jurisprudence

Citée par les juges Sopinka et Iacobucci

Arrêts appliqués: *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Primeau*, [1995] 2 R.C.S. 60; **arrêts mentionnés:** *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606, 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. c. Devasagayam*); *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. Paquette* (1987), 38 C.C.C. (3d) 353; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt appliqué: *R. c. Primeau*, [1995] 2 R.C.S. 60; **arrêt mentionné:** *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 13, 24(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 698, 699, 700 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 148], 784(1), 813 [*idem*, art. 180; mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 12)].
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 37].
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1992), 75 C.C.C. (3d) 445, 131 A.R. 179, 25 W.A.C. 179, 10 C.R.R. (2d) 313, qui a rejeté l'appel des appelants contre le jugement du juge Berger (1991), 66 C.C.C. (3d) 281, 123 A.R. 220, qui avait rejeté leurs demandes d'annulation d'assignations. Pourvoi rejeté.

Clayton C. Ruby, Howard Rubin et Shaun Nakatsuru, pour les appelants.

Paul C. Bourque, pour l'intimée.

S. Ronald Fainstein, c.r., et *Robert J. Frater*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Michal Fairburn and Scott Hutchison, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jacques Gauvin and Gilles Laporte, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Marva J. Smith, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

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

Graeme G. Mitchell, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Alastair Rees-Thomas, for the interveners Branch and Levitt.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

SOPINKA AND IACOBUCCI JJ. — The important question in this appeal is very similar to the main question raised in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, heard together with this appeal, namely, are persons separately charged with an offence, and persons suspected of an offence, compellable as witnesses at the preliminary inquiries and criminal trials of other persons charged with the same offence?

I. Facts

The facts of the present appeal are complex. The appellants are all either charged or suspects in connection with an explosion and fire that damaged property located at the Buchanan Logging Site, near Haig Lake, Alberta. For the purposes of identification within this appeal, we shall refer to the appellants charged with an offence as the “primary appellants”; those who are only suspects shall be referred to as “secondary appellants”.

The primary appellants are: Paul Ominayak, Reinie Jobin, Victor Scotty, Dwight Gladue, Norman Laboucan, Brian Laboucan, Sullivan Laboucan, John Sawan, Walter Whitehead, Hector Whitehead, George Whitehead, John Letendre and

Michal Fairburn et Scott Hutchison, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jacques Gauvin et Gilles Laporte, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Marva J. Smith, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

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

Graeme G. Mitchell, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Alastair Rees-Thomas, pour les intervenants Branch et Levitt.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LES JUGES SOPINKA ET IACOBUCCI — L'importante question qui se pose dans le présent pourvoi est fort semblable à la principale question soulevée dans le pourvoi *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, entendu simultanément, soit celle de savoir si les personnes accusées séparément d'une infraction et les personnes soupçonnées d'une infraction sont des témoins contraignables à l'enquête préliminaire et au procès criminel d'autres personnes accusées de la même infraction.

I. Les faits

Les faits du présent pourvoi sont complexes. Les appelants sont tous soit accusés soit soupçonnés relativement à l'explosion et à l'incendie qui ont endommagé des biens du Buchanan Logging Site, près du lac Haig, en Alberta. Pour les identifier en l'espèce, nous désignerons les appelants accusés d'une infraction par l'expression «appelants principaux», et ceux qui ne sont que soupçonnés, par l'expression «appelants secondaires».

Les appelants principaux sont Paul Ominayak, Reinie Jobin, Victor Scotty, Dwight Gladue, Norman Laboucan, Brian Laboucan, Sullivan Laboucan, John Sawan, Walter Whitehead, Hector Whitehead, George Whitehead, John Letendre et

Steve Noskey. All thirteen are charged with several criminal offences, namely: arson, mischief, possession of explosives, and wearing a mask in the commission of an indictable offence.

Steve Noskey. Ils sont tous les treize accusés de plusieurs infractions criminelles, savoir: crime d'incendie, méfait, possession d'explosifs et port d'un masque lors de la perpétration d'un acte criminel.

4 The secondary appellants, who are not now charged but who are said to be implicated in the offence and who are in receipt of subpoenas to testify, are: Rodney Sinclair, Adolphus Wapoose, Gary Wapoose, Joe Laboucan, Mark Laboucan and Dennis Noskey.

Les appelants secondaires, qui ne sont pas accusés pour le moment, mais que l'on dit impliqués dans la perpétration de l'infraction et qui ont reçu des assignations à témoigner, sont Rodney Sinclair, Adolphus Wapoose, Gary Wapoose, Joe Laboucan, Mark Laboucan et Dennis Noskey.

5 The Crown has conceded that there is but one *actus reus* alleged. However, each of the primary appellants is the subject of a separate information, with the exception of Walter Whitehead, Hector Whitehead, George Whitehead, John Letendre and Steve Noskey, who are jointly charged. The Crown sought and obtained from the Alberta Provincial Court, subpoenas requiring Norman Laboucan, Brian Laboucan, Victor Scotty, Sullivan Laboucan, Joe Laboucan, Gary Wapoose, Adolphus Wapoose, Mark Laboucan and Rodney Sinclair to testify at the preliminary inquiry of Reinie Jobin. Reinie Jobin was subpoenaed to testify at John Sawan's preliminary inquiry.

Le ministère public a admis qu'un seul *actus reus* est allégué. Cependant, chaque appelant principal fait l'objet d'une dénonciation distincte, à l'exception de Walter Whitehead, Hector Whitehead, George Whitehead, John Letendre et Steve Noskey qui sont accusés conjointement. Le ministère public a obtenu de la Cour provinciale de l'Alberta des assignations enjoignant à Norman Laboucan, Brian Laboucan, Victor Scotty, Sullivan Laboucan, Joe Laboucan, Gary Wapoose, Adolphus Wapoose, Mark Laboucan et Rodney Sinclair de témoigner à l'enquête préliminaire de Reinie Jobin. Reinie Jobin a été assigné à témoigner à l'enquête préliminaire de John Sawan.

6 The appellants applied for relief to Berger J. of the Court of Queen's Bench of Alberta. Although the exact nature of the application is unclear, the original notice of motion requested, *inter alia*:

Les appelants ont demandé une réparation au juge Berger de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Bien que la nature exacte de cette demande ne soit pas claire, on demandait notamment, dans l'avis de requête initial:

[TRADUCTION]

1. To quash subpoenas as annexed hereto in Schedule "A" setting out the witnesses subpoenaed and the respective Preliminary Inquiries for which they are to be compelled and such other subpoenas as have been served upon and of the Applicants by the time of the hearing of this application;
2. In the nature of prohibition preventing the presiding Judge at the said Preliminary Inquiries of: a) Reinie Jobin and b) John Sawan from compelling the evidence of the Applicants at those Preliminary Inquiries and in the Preliminary Inquiries against c) Paul Ominayak and d) Victor Scotty or in Preliminary Inquiries of e) Brian Laboucan; f) Sullivan Laboucan; g) Norman Laboucan; h)

1. une ordonnance annulant les assignations jointes à l'annexe A énonçant les témoins assignés et les enquêtes préliminaires auxquelles ils doivent être contraints à témoigner, de même que les autres assignations qui ont été signifiées aux requérants au moment de l'audition de la présente demande;
2. une ordonnance tenant d'une prohibition empêchant le juge président lesdites enquêtes préliminaires de a) Reinie Jobin et b) John Sawan de contraindre les requérants à témoigner à ces enquêtes préliminaires et à celles de c) Paul Ominayak et d) Victor Scotty, ou aux enquêtes préliminaires de e) Brian Laboucan, f) Sullivan Laboucan, g) Norman Laboucan, h) Dwight Gladue, et de i) Walter

Dwight Gladue; and i) Walter Whitehead, Hector Whitehead, George Whitehead, John Letendre, and Steve Noskey;

3. An interim Order of prohibition until such time as this application can be heard and determined;

In addition to seeking to quash the subpoenas, the appellants obtained permission to challenge the validity of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. The primary appellants allege that being compelled to testify would violate their right to silence contrary to the principles of fundamental justice. Berger J. dismissed the application without ruling on the validity of s. 5 of the *Canada Evidence Act*: (1991), 66 C.C.C. (3d) 281, 123 A.R. 220.

The appellants appealed the decision to the Court of Appeal for Alberta. The Court of Appeal dismissed the appeal for lack of jurisdiction: (1992), 75 C.C.C. (3d) 445, 131 A.R. 179, 25 W.A.C. 179, 10 C.R.R. (2d) 313.

In the interim between the decision of Berger J. and that of the Court of Appeal, all of the primary appellants waived their rights to a preliminary inquiry in the hope that an appeal route would be located before any person would be compelled to give evidence. However, following the dismissal of the appellants' appeal to the Court of Appeal, subpoenas were issued in the trial of Reinie Jobin.

Jobin's trial was to begin in October 1992. All the primary and secondary appellants, save Jobin, were once again subpoenaed to testify. They applied a second time to the Court of Queen's Bench for Alberta in order to have the subpoenas quashed. McFadyen J. (as she then was) dismissed the application on the same grounds as Berger J. did.

Jobin's trial finally began on January 4, 1993. At the outset of Jobin's trial, defence counsel announced that a police statement made by Jobin

Whitehead, Hector Whitehead, George Whitehead, John Letendre et Steve Noskey;

3. une ordonnance de prohibition provisoire qui demeurerait en vigueur jusqu'à ce que l'on puisse entendre la présente demande et statuer sur celle-ci;

En plus de demander l'annulation des assignations, les appelants ont obtenu la permission de contester la validité de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Les appelants principaux allèguent que, s'ils étaient contraints à témoigner, leur droit de garder le silence serait violé contrairement aux principes de justice fondamentale. Le juge Berger a rejeté la demande sans statuer sur la validité de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*: (1991), 66 C.C.C. (3d) 281, 123 A.R. 220.

Les appelants en ont appelé de cette décision devant la Cour d'appel de l'Alberta qui a rejeté leur appel pour cause d'absence de compétence: (1992), 75 C.C.C. (3d) 445, 131 A.R. 179, 25 W.A.C. 179, 10 C.R.R. (2d) 313.

Pendant le délai qui s'est écoulé entre la décision du juge Berger et l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, tous les appelants principaux ont renoncé à leur droit à une enquête préliminaire dans l'espoir qu'une voie d'appel serait trouvée avant que quiconque ne soit contraint de témoigner. Toutefois, à la suite du rejet de l'appel des appelants devant la Cour d'appel, des assignations ont été délivrées aux fins du procès de Reinie Jobin.

Le procès de Jobin devait débiter en octobre 1992. Tous les appelants principaux et secondaires, sauf Jobin, ont de nouveau été assignés à témoigner. Ils ont, pour la deuxième fois, demandé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta d'annuler les assignations. Le juge McFadyen (maintenant juge de la Cour d'appel) a rejeté leur demande pour les mêmes motifs que le juge Berger.

Le procès de Jobin a finalement débuté le 4 janvier 1993. Dès l'ouverture du procès, l'avocat de la défense a annoncé qu'une déclaration de Jobin à la

7

8

9

10

11

could be admitted without a *voir dire*. On this basis, the Crown agreed not to call any of the subpoenaed witnesses. Jobin's counsel later asserted the need for a *voir dire*. On March 8, 1993, a mistrial was declared because Crown counsel had referred to Jobin's police statement in the opening address to the jury.

police pourrait être admise sans voir-dire. C'est ce qui explique pourquoi le ministère public a consenti à n'appeler aucune des personnes assignées à témoigner. L'avocat de Jobin a ultérieurement affirmé la nécessité d'un voir-dire. Le 8 mars 1993, le procès a été annulé parce que le substitut du procureur général s'était référé, dans son exposé initial au jury, à la déclaration de Jobin à la police.

12 On February 4, 1993, leave to appeal was granted at large by this Court, [1993] 1 S.C.R. vii. The motion book for leave covered three bases for seeking leave. First, leave was sought from the decision of the Court of Appeal. Second, and in the alternative, it was sought directly from the decision of Berger J. Third, and in the alternative, leave was sought directly from the decision of McFadyen J.

Le 4 février 1993, notre Cour a accordé une autorisation générale de pourvoi, [1993] 1 R.C.S. vii. Trois moyens étaient invoqués dans la requête en autorisation. Premièrement, on demandait l'autorisation de se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel. Deuxièmement et subsidiairement, on demandait l'autorisation de se pourvoir directement contre la décision du juge Berger. Troisièmement et subsidiairement, on demandait l'autorisation de se pourvoir directement contre la décision du juge McFadyen.

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

II. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

13 The provisions relevant to this appeal are the same as those relevant to the judgments in *S. (R.J.)* and *R. v. Primeau*, [1995] 2 S.C.R. 60, heard together with this appeal, and are reproduced in those reasons for judgments.

Les dispositions pertinentes en l'espèce sont les mêmes que dans les pourvois *S. (R.J.)* et *R. c. Primeau*, [1995] 2 R.C.S. 60, entendus en même temps que la présente affaire, et sont citées dans ces motifs de jugement.

III. Judgments

III. Les juridictions inférieures

Court of Queen's Bench of Alberta (1991), 66 C.C.C. (3d) 281

Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (1991), 66 C.C.C. (3d) 281

14 Berger J. noted that, in the application before him, it was assumed that the issuance of subpoenas triggered a breach of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He indicated, however, that it "would be dangerous . . . to now predict what evidence will be elicited from each applicant". Citing *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606 (Gen. Div.), 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. v. Devasagayam*), Berger J. stated: "While I agree that within s. 7 a balancing of interests must occur to determine whether there is a violation of fundamental justice, I prefer the view that there can be

Le juge Berger a fait remarquer que, dans la demande dont il était saisi, on présumait que la délivrance des assignations constituait une violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a toutefois indiqué qu'il [TRADUCTION] «serait dangereux [. . .] de prédire maintenant quel témoignage sera obtenu de chaque requérant». Citant la décision *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606 (Div. gén.), 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. c. Devasagayam*), le juge Berger a affirmé: [TRADUCTION] «Bien que je convienne que l'art. 7 exige une évaluation de droits pour déter-

no breach until the proposed witness has testified” (p. 286).

In focusing on the moment of compelled testimony, as opposed to the moment at which compelled testimony or derivative evidence is tendered at subsequent proceedings, Berger J. acknowledged the potential contrast between his approach and that of La Forest J. in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, in that La Forest J. suggested that “there can really be no breach of the *Charter* until unfair evidence is admitted” (p. 559). But Berger J. stated (at pp. 286-87):

In my view, the testimony of an applicant which may not be admitted at his subsequent trial may, none the less, confer an unfair advantage upon the Crown and trigger a *Charter* breach. It is always, at the very least, an advantage for the Crown to know in advance what the testimony of an accused would be if he should subsequently elect to testify at his own trial. It matters not whether that testimony is inculpatory or exculpatory; it matters not whether that testimony is damning or innocuous. It is still an advantage for the Crown to know . . . The relevant inquiry will then be whether, in all of the circumstances, the advantage thereby gained operates so as to violate the principles of fundamental justice and to deny the accused a fair trial. [Emphasis in original.]

Berger J. concluded that a *Charter* breach could be triggered only at the moment of compelled testimony, and not at the moment when a subpoena is issued. He indicated that further contextual elements, unknown at the time of the application, would then fall to be considered.

Berger J. discussed these issues in relation to those applicants who appeared before him already accused of the alleged offence, and thus refused to quash the subpoenas issued against them. He refused, for the same reasons, to quash the subpoenas issued against those applicants who were not then charged with the alleged offence.

miner s’il y a violation de la justice fondamentale, je préfère l’opinion selon laquelle il ne peut y avoir de violation tant que le témoin éventuel n’a pas témoigné» (p. 286).

En insistant sur le moment du témoignage forcé, par opposition au moment où le témoignage forcé ou les éléments de preuve dérivée sont présentés lors de procédures ultérieures, le juge Berger a reconnu qu’il pouvait y avoir une divergence entre son point de vue et celui que le juge La Forest a exprimé 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, lorsqu’il a dit qu’«il ne peut vraiment y avoir de violation de la *Charte* que si une preuve injuste est admise» (p. 559). Mais le juge Berger affirme, aux pp. 286 et 287:

[TRADUCTION] À mon avis, le témoignage d’un requérant qui, par la suite, ne serait pas admissible à son procès, peut, néanmoins, conférer un avantage injuste au ministère public et entraîner une violation de la *Charte*. Il est toujours, à tout le moins, avantageux pour le ministère public de savoir à l’avance quel serait le témoignage d’un accusé s’il devait décider ultérieurement de témoigner à son propre procès. Il n’importe pas de savoir si ce témoignage est incriminant ou disculpatoire, ou encore s’il est accablant ou inoffensif. Il est toujours avantageux pour le ministère public de savoir [. . .] La question qu’il faudra se poser sera donc de savoir si, compte tenu de toutes les circonstances, l’avantage ainsi obtenu a pour effet de violer les principes de justice fondamentale et de priver l’accusé d’un procès équitable. [En italique dans l’original.]

Le juge Berger a conclu que la violation de la *Charte* ne pouvait avoir lieu qu’au moment du témoignage forcé, et non au moment où l’assignation est délivrée. Il a indiqué que d’autres éléments contextuels, inconnus au moment de la demande, devraient alors être pris en considération.

Le juge Berger a analysé ces questions en fonction des requérants qui ont comparu devant lui et qui étaient déjà accusés de l’infraction alléguée, et il a ainsi refusé d’annuler les assignations délivrées contre eux. Pour les mêmes raisons, il a refusé d’annuler les assignations délivrées contre les requérants qui n’étaient pas alors accusés de l’infraction alléguée.

- 17 Finally, Berger J. refused to assess the constitutionality of s. 5 of the *Canada Evidence Act*. He noted that the applicants had failed to challenge ss. 698, 699, or 700 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, pursuant to which the subpoenas were issued. Also, he noted that no evidence had been called to demonstrate that questions posed might tend to incriminate the subpoenaed witnesses. He concluded, “[o]nce again, the context has yet to be revealed” (p. 288).
- 18 Berger J. dismissed the application.
- Court of Queen’s Bench of Alberta* (McFadyen J.)
- 19 The relevant portion of McFadyen J.’s oral reasons state, in full:
- I dismiss the application for the reasons outlined by Justice Berger in his judgment in this matter and I adopt his reasons in that regard.
- Alberta Court of Appeal (per curiam)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 445
- 20 The Court of Appeal examined cases cited by the appellants, but noted that “the appellants’ application for an order quashing the subpoenas in this case was made under s. 24(1) [of the *Charter*]” (p. 447). The court then followed *R. v. Paquette* (1987), 38 C.C.C. (3d) 353 (Alta. C.A.), where Stevenson J.A. found that, although provincial superior courts are courts of competent jurisdiction for the purposes of s. 24(1) of the *Charter*, an appeal will lie to a court of appeal only if the *Criminal Code* so provides (where proceedings are criminal in nature) or where the proceeding is a prerogative one.
- 21 The Court of Appeal held that, in respect of Berger J.’s refusal to quash the subpoenas, the proceeding was clearly criminal in nature, since the subpoenas were issued under the authority of the *Criminal Code*. In so far as the *Criminal Code* provides no right of appeal, and in so far as no prerogative
- Finalemment, le juge Berger a refusé d’évaluer la constitutionnalité de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il a fait remarquer que les requérants n’avaient pas contesté les art. 698, 699 ou 700 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en vertu desquels les assignations avaient été délivrées. Il a également souligné qu’aucun élément de preuve n’avait été produit pour démontrer que les questions posées pourraient tendre à incriminer les témoins assignés. Il a conclu: [TRADUCTION] «Encore une fois, il reste à divulguer le contexte» (p. 288).
- Le juge Berger a rejeté la demande.
- Cour du Banc de la Reine de l’Alberta* (le juge McFadyen)
- Voici au complet la partie pertinente des motifs exposés oralement par le juge McFadyen:
- [TRADUCTION] Je rejette la demande pour les motifs exposés par le juge Berger dans le jugement qu’il a rendu en la matière, et je fais miens ses motifs à cet égard.
- Cour d’appel de l’Alberta* (la cour) (1992), 75 C.C.C. (3d) 445
- La Cour d’appel a examiné la jurisprudence citée par les appelants, mais a fait remarquer que [TRADUCTION] «la demande des appelants visant à obtenir une ordonnance annulant les assignations en l’espèce a été faite en vertu du par. 24(1) [de la *Charte*]» (p. 447). La cour a alors suivi l’arrêt *R. c. Paquette* (1987), 38 C.C.C. (3d) 353 (C.A. Alb.), où le juge Stevenson a conclu que, bien que les cours supérieures provinciales soient des cours compétentes aux fins du par. 24(1) de la *Charte*, il n’existe de droit d’appel à une cour d’appel que si le *Code criminel* le prévoit (lorsque les procédures sont de nature criminelle) ou lorsque la procédure porte sur l’exercice d’une prérogative.
- La Cour d’appel a conclu que, pour ce qui était du refus du juge Berger d’annuler les assignations, les procédures étaient nettement de nature criminelle puisque les assignations avaient été délivrées en vertu du *Code criminel*. Étant donné que le *Code criminel* ne prévoit aucun droit d’appel et

ative relief was sought, the court held that the appellants had no right of appeal.

In respect of Berger J.'s refusal to consider the constitutionality of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, the Court of Appeal concluded (at p. 448):

Again the appellants do not have the right to appeal from this decision. This proceeding in so far as it relates to this issue is clearly criminal in nature. The concern of the appellants is that as a result of s. 5, witnesses may incriminate themselves. The appellants did not seek any relief other than a declaration that s. 5 was inconsistent with s. 7 of the Charter, and therefore of no force or effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. There is nothing in the *Criminal Code* or in the Charter which gives them the right to appeal from a refusal to grant a declaration.

The Court of Appeal dismissed the appeal for want of jurisdiction.

IV. Issues

There are two issues in this appeal:

1. Upon what basis does this Court have jurisdiction to hear the appeal?
2. Are persons separately charged with an offence, and persons suspected of an offence, compellable as witnesses at the preliminary inquiries and criminal trials of other persons charged with the same offence, or would compellability in this context violate s. 7 of the *Charter*?

On March 30, 1993, the following constitutional questions were stated:

1. [Does] s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, infringe[] s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is affirmative, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law, and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

qu'aucun redressement extraordinaire par voie de bref de prérogative n'était demandé, la cour a jugé que les appelants n'avaient aucun droit d'appel.

En ce qui concerne le refus du juge Berger d'examiner la constitutionnalité de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, la Cour d'appel conclut, à la p. 448:

[TRADUCTION] Encore là, les appelants n'ont pas le droit d'en appeler de cette décision. La procédure, dans la mesure où elle se rapporte à cette question, est clairement de nature criminelle. Les appelants craignent qu'en raison de l'art. 5 les témoins ne s'incriminent eux-mêmes. Les appelants n'ont demandé aucune autre réparation qu'une déclaration que l'art. 5 est incompatible avec l'art. 7 de la Charte, et qu'il est inopérant, conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ni le *Code criminel* ni la Charte ne leur confèrent le droit d'en appeler du refus d'accorder un jugement déclaratoire.

La Cour d'appel a rejeté l'appel pour cause d'absence de compétence.

IV. Les questions en litige

Deux questions sont soulevées en l'espèce:

1. Pour quel motif notre Cour a-t-elle compétence pour entendre le pourvoi?
2. Les personnes accusées séparément d'une infraction et celles soupçonnées d'une infraction sont-elles des témoins contraignables à l'enquête préliminaire et au procès criminel d'autres personnes accusées de la même infraction, ou la contraignabilité dans ce contexte violerait-elle l'art. 7 de la *Charte*?

Le 30 mars 1993, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

1. L'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, s'agit-il d'une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer, conformément à l'article premier de la *Charte*?

22

23

24

25

V. Analysis

A. *Upon what basis does this Court have jurisdiction to hear the appeal?*

26 The jurisdictional issue raised in this case is substantially similar to that addressed by the Court in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. On its specific facts, this appeal quite closely resembles the situation in *Primeau*, the reasons of which have been released concurrently with this appeal.

27 In *Dagenais*, Lamer C.J., writing for the majority, elaborated the appropriate channels to follow in order to challenge the validity of a publication ban. The procedures vary depending on the status of the person challenging the order, that is, whether a party or third party is involved. For parties, the accused and the Crown, they must apply for relief to the trial judge, or to the level of court having jurisdiction to hear the trial, if known, or otherwise to a superior court judge. An appeal of such a decision must await the end of the trial.

28 For third parties to a criminal proceeding, the type of recourse to seek is dictated by the court issuing the order. A provincial court order should be challenged by an application to a superior court for the extraordinary remedy of *certiorari*. This decision can then be appealed pursuant to s. 784(1) of the *Criminal Code*. A superior court order can be challenged by seeking leave to appeal directly to this Court pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26.

29 The order at issue in this appeal is the issuance of subpoenas to the appellants by the Alberta Provincial Court. The Court of Appeal for Alberta rejected the appeal launched by the appellants pursuant to s. 813 of the *Criminal Code*, because of a lack of jurisdiction to hear the appeal. The Court

V. Analyse

A. *Pour quel motif notre Cour a-t-elle compétence pour entendre le pourvoi?*

La question de compétence soulevée en l'espèce est essentiellement analogue à celle abordée par notre Cour dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. D'après ses faits particuliers, le présent pourvoi se rapproche beaucoup de la situation dans l'arrêt *Primeau* dont les motifs sont déposés simultanément.

Dans l'arrêt *Dagenais*, le juge en chef Lamer a expliqué, au nom de la Cour à la majorité, la procédure à suivre pour contester la validité d'une interdiction de publication. Cette procédure varie selon la situation de la personne qui conteste l'ordonnance, c'est-à-dire, selon qu'il s'agit d'une partie ou d'une tierce partie. En ce qui concerne les parties, soit l'accusé et le ministère public, elles doivent présenter une demande de réparation au juge du procès, ou au tribunal compétent pour entendre l'affaire, s'il est connu, sinon à un juge de cour supérieure. Ce n'est qu'à la fin du procès qu'on peut en appeler de la décision rendue à ce propos.

En ce qui concerne les tierces parties à des procédures criminelles, le type de réparation à demander dépend de la cour qui a délivré l'ordonnance. On devrait, pour contester l'ordonnance d'une cour provinciale, présenter à une cour supérieure une demande de redressement extraordinaire de la nature d'un *certiorari*. La décision qui s'ensuit peut alors faire l'objet d'un appel conformément au par. 784(1) du *Code criminel*. Lorsqu'il s'agit de contester l'ordonnance d'une cour supérieure, on peut présenter une demande d'autorisation de pourvoi directement à notre Cour, conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26.

L'ordonnance contestée en l'espèce concerne la délivrance d'assignations contre les appelants par la Cour provinciale de l'Alberta. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel des appelants fondé sur l'art. 813 du *Code criminel*, en raison d'une absence de compétence pour entendre l'appel. La

cited the absence of a statutory right of appeal in the *Criminal Code* as fatal to the appellants' application. It is significant that the Court of Appeal considered that the appellants had in essence made an application for relief based solely on s. 24(1) of the *Charter*. It based this finding on the fact that the appellants had effectively abandoned their application for prohibition, by not pleading it before Berger J., and that Berger J. had based his decision solely on s. 24(1) of the *Charter*.

In the light of its finding that the present application was made solely pursuant to s. 24(1) of the *Charter*, the Court of Appeal held that no right of appeal lay from the decision of Berger J. Neither the *Criminal Code*, nor the *Charter* (as interpreted in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863) provide for such a right. As such, the Court of Appeal decided it lacked jurisdiction to hear the appeal.

In the case at bar, as in *Primeau*, all the appellants, excluding Jobin for the moment, are third parties. Each appellant, excluding Jobin, is seeking to challenge a subpoena issued by the Alberta Provincial Court requiring him to testify at either the preliminary inquiry or the trial of a person accused of the same indictable offence as that with which he is either charged or suspected.

Given that the order in question emanates from a provincial court, the proper procedure to follow, as laid out in *Dagenais*, is to apply to a superior court judge for the issuance of a writ of *certiorari*. As noted in *Dagenais*, an immediate appeal becomes possible from an order refusing to grant *certiorari* through the operation of s. 784(1) of the *Criminal Code*.

As in *Primeau*, we are faced with a situation where the appellants have not technically complied with the procedures set out in *Dagenais*. In our view, however, the jurisdictional question can be resolved in much the same way and for the same reasons as it was solved in *Primeau*. Given that neither the appellants, nor the Court of Appeal had

cour a dit que l'absence d'un droit d'appel dans le *Code criminel* était fatale à la demande des appelants. Il est important de souligner que la Cour d'appel a considéré que les appelants avaient, pour l'essentiel, présenté une demande de réparation fondée exclusivement sur le par. 24(1) de la *Charte*. Elle a appuyé cette conclusion sur le fait que les appelants s'étaient effectivement désistés de leur demande de prohibition en ne l'incluant pas dans leur plaidoirie devant le juge Berger, et sur le fait que le juge Berger avait fondé sa décision seulement sur le par. 24(1) de la *Charte*.

Compte tenu de sa conclusion que la présente demande n'était fondée que sur le par. 24(1) de la *Charte*, la Cour d'appel a statué qu'il n'y avait aucun droit d'en appeler de la décision du juge Berger. Ni le *Code criminel* ni la *Charte* (telle qu'interprétée dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863) ne prévoient un tel droit. La Cour d'appel a donc conclu qu'elle n'avait pas compétence pour entendre l'appel.

En l'espèce, comme dans l'affaire *Primeau*, tous les appelants, à l'exception de Jobin pour le moment, sont des tierces parties. Chaque appelant, sauf Jobin, cherche à contester une assignation délivrée par la Cour provinciale de l'Alberta lui enjoignant de témoigner à l'enquête préliminaire ou au procès d'une personne accusée du même acte criminel que celui dont il est accusé ou soupçonné.

Étant donné que l'ordonnance en question émane d'une cour provinciale, la procédure à suivre, selon l'arrêt *Dagenais*, consiste à demander à un juge de cour supérieure de décerner un bref de *certiorari*. Tel que souligné dans l'arrêt *Dagenais*, il devient alors immédiatement possible d'en appeler d'une ordonnance qui refuse le *certiorari*, en s'appuyant sur le par. 784(1) du *Code criminel*.

Comme dans l'affaire *Primeau*, nous sommes confrontés à une situation où les appelants n'ont pas, en principe, respecté la procédure énoncée dans l'arrêt *Dagenais*. Nous sommes d'avis, cependant, que la question de compétence peut être résolue à peu près de la même manière et pour les mêmes raisons que dans *Primeau*. Compte tenu du

30

31

32

33

the benefit of this Court's reasons in *Dagenais*, we find that it is sufficient that the appellants applied for s. 24(1) *Charter* relief, which by its nature would be included in the expanded remedial scope of *certiorari* described in *Dagenais*. The Court of Appeal therefore did have jurisdiction to hear the appeal, pursuant to s. 784(1) of the *Criminal Code*. The jurisdiction of this Court follows naturally from the decision of the Court of Appeal, pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act* and there is no need to examine the alternative jurisdictional grounds on which leave to appeal was granted.

fait que ni les appelants ni la Cour d'appel ne bénéficieraient des motifs de notre Cour dans l'arrêt *Dagenais*, nous concluons qu'il suffit que les appelants aient demandé une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, qui, de par sa nature, serait comprise dans la portée réparatrice élargie du *certiorari* dont parle l'arrêt *Dagenais*. La Cour d'appel avait donc compétence pour entendre l'appel conformément au par. 784(1) du *Code criminel*. La compétence de notre Cour découle naturellement de l'arrêt de la Cour d'appel, conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, et il n'est pas nécessaire d'examiner les motifs subsidiaires de compétence pour lesquels l'autorisation de pourvoi a été accordée.

34 The application for leave to appeal also sought to appeal from the judgment of McFadyen J. who dismissed the application of the appellants, other than Jobin, for the reasons of Berger J. It is not necessary to decide whether an appeal lies from that judgment to this Court since the principles that apply to determine the substantive issue raised by the decision of Berger J. are also determinative in respect of the judgment of McFadyen J.

La demande d'autorisation de pourvoi visait également la décision du juge McFadyen de rejeter la demande des appelants, autres que Jobin, pour les motifs exposés par le juge Berger. Il n'est pas nécessaire de décider si cette décision peut faire l'objet d'un pourvoi devant notre Cour puisque les principes applicables pour trancher la question de fond soulevée par la décision du juge Berger sont également déterminants en ce qui concerne la décision du juge McFadyen.

B. *Are persons separately charged with an offence, and persons suspected of an offence, compellable as witnesses at the preliminary inquiries and criminal trials of other persons charged with the same offence, or would compellability in this context violate s. 7 of the Charter?*

B. *Les personnes accusées séparément d'une infraction et celles soupçonnées d'une infraction sont-elles des témoins contraignables à l'enquête préliminaire et au procès criminel d'autres personnes accusées de la même infraction, ou la contraignabilité dans ce contexte violerait-elle l'art. 7 de la Charte?*

35 In refusing to quash the subpoenas confronting him, Berger J. suggested that the liberty interest under s. 7 is not engaged until the moment that testimony occurs, on the theory that it is relevant to consider context at that time. For the reasons we expressed in *S. (R.J.)*, *supra*, the liberty interest is engaged when a deprivation is imminent, and the applicants before Berger J. applied for relief at the appropriate time.

En refusant d'annuler les assignations dont il était saisi, le juge Berger a laissé entendre que le droit à la liberté garanti par l'art. 7 n'entre en jeu qu'au moment du témoignage, en supposant qu'il est pertinent de considérer le contexte à ce moment-là. Pour les motifs que nous avons exposés dans l'arrêt *S. (R.J.)*, précité, le droit à la liberté s'applique lorsqu'une atteinte est imminente, et les requérants qui ont comparu devant le juge Berger ont demandé réparation au bon moment.

36 The relief they sought, however, was not properly available to them. The appellants claimed a right to silence on the basis that they were entitled

Cependant, ils ne pouvaient pas régulièrement demander la réparation qu'ils ont demandée. Les appelants ont invoqué un droit de garder le silence

to claim this right by virtue of a status, namely, “accused person”, “suspected person”, or “unindicted co-conspirator”. This focus on status occludes the focus required by the *Charter*, which is a focus on the purpose or character of the proceedings. Thus, the fact that some of the appellants were not accused of anything at the time of their application is not of primary importance. It also follows from the reasons in *S. (R.J.)*, as elaborated on in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, released concurrently, and *Primeau*, *supra*, that there is no meaningful difference between subpoenas issued in respect of preliminary inquiries and those issued in respect of Jobin’s criminal trial. Finally, there is no evidence to suggest that the subpoenas issued in this case can be regarded as a form of pre-trial interrogation in respect of any of the appellants or are otherwise objectionable, such that a different analysis might have obtained for the reasons expressed in *S. (R.J.)* and further elaborated on in *Branch*.

VI. Disposition

All of the persons subpoenaed to testify were properly compellable. At subsequent proceedings against any of them, each would be entitled to the protections against self-incrimination described in *S. (R.J.)* as refined in *Branch*.

We would answer the constitutional questions stated on March 30, 1993, in the following way:

1. [Does] s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, infringe[] s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to question 1 is affirmative, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law, and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

en faisant valoir qu’ils pouvaient le faire en raison de leur situation d’«accusés», de «suspects» ou de «coauteurs de complot non accusés». Cette attention accordée à la situation obscurcit celle qui, aux termes de la *Charte*, doit porter sur l’objet et la nature des procédures en question. Ainsi, le fait que certains des appelants n’étaient accusés de rien au moment de leur demande n’a pas d’importance primordiale. Il s’ensuit également des motifs rédigés dans l’arrêt *S. (R.J.)* et développés dans les arrêts *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, rendu simultanément, et *Primeau*, précité, qu’il n’y a aucune différence significative entre les assignations délivrées relativement à une enquête préliminaire et celles délivrées relativement au procès criminel de Jobin. Finalement, aucun élément de preuve ne porte à croire que les assignations délivrées en l’espèce peuvent être considérées comme une forme d’interrogatoire préliminaire de l’un ou l’autre des appelants ou qu’elles sont autrement répréhensibles, de sorte qu’une analyse différente aurait peut-être pu être faite pour les motifs exposés dans l’arrêt *S. (R.J.)* et développés dans l’arrêt *Branch*.

VI. Dispositif

Toutes les personnes assignées à témoigner étaient régulièrement contraignables. Dans des procédures ultérieurement engagées contre l’une ou l’autre d’entre elles, chacune aurait droit aux garanties contre l’auto-incrimination qui sont décrites dans l’arrêt *S. (R.J.)* et explicitées dans l’arrêt *Branch*.

Nous sommes d’avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles formulées le 30 mars 1993:

1. L’article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, porte-t-il atteinte à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, s’agit-il d’une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer, conformément à l’article premier de la *Charte*?

37

38

Answer: It is not necessary to answer this question.

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

39 We would dismiss the appeal.

Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

Les motifs suivants ont été rendus par

40 L'HEUREUX-DUBÉ J. — This case raises the same issues as are raised in the companion case of *R. v. Primeau*, [1995] 2 S.C.R. 60. As well, this case raises the additional issue of the constitutional validity of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. I have read the joint reasons of my colleagues Sopinka and Iacobucci JJ. and agree that this appeal should be dismissed. I reach this conclusion, however, by a different route.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Ce pourvoi soulève les mêmes questions que celles que pose le pourvoi connexe *R. c. Primeau*, [1995] 2 R.C.S. 60. Il soulève, de plus, la question supplémentaire de la constitutionnalité de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. J'ai lu les motifs conjoints de mes collègues les juges Sopinka et Iacobucci et je suis d'accord qu'il y a lieu de rejeter le présent pourvoi. J'arrive cependant à cette conclusion en empruntant une voie différente.

41 I say at the outset, as my colleagues point out and as my concurring reasons in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, make clear, that the "primary" and "secondary" appellants, to use my colleagues' terminology, are compellable witnesses at each other's preliminary inquiries and criminal trials. However, if compelled to testify, they are entitled to the protection of s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 5 of the *Canada Evidence Act*, which, like my colleagues, I find does not infringe the *Charter*. In addition, should the circumstances be of the kind I outlined in my concurring reasons in *S. (R.J.)*, the appellants could invoke the residual protection of s. 7 of the *Charter*. I agree, though, with my colleagues that "there is no evidence to suggest that the subpoenas issued in this case can be regarded as a form of pre-trial interrogation in respect of any of the appellants or are otherwise objectionable" (p. 93). Accordingly, I find that at this stage, the subpoena stage, none of the appellants could successfully invoke the residual protection of s. 7 outlined in my reasons in *S. (R.J.)* to quash their subpoenas. As I emphasized in *S. (R.J.)*, it will be rare indeed that the residual protection of s. 7 could be successfully invoked at the subpoena stage. In this respect, I agree with Berger J., who dealt with the appellants' first application to quash subpoenas, when he stated: "[i]t would be dangerous . . . to now predict what evidence will be elicited from

Je souligne, dès le départ, comme le font remarquer mes collègues et comme il ressort des motifs concordants que j'ai rédigés dans l'affaire *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, que les appelants «principaux» et les appelants «secondaires», pour employer la terminologie de mes collègues, sont des témoins contraignables à leur enquête préliminaire et procès criminel respectifs. Cependant, s'ils sont forcés de témoigner, ils ont droit à la protection de l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, lequel, j'estime comme mes collègues, n'enfreint pas la *Charte*. De plus, si les circonstances s'avéraient similaires à celles exposées dans mes motifs concordants dans l'affaire *S. (R.J.)*, les appelants pourraient invoquer la protection résiduelle de l'art. 7 de la *Charte*. Je suis, toutefois, d'accord avec mes collègues qu'«aucun élément de preuve ne porte à croire que les assignations délivrées en l'espèce peuvent être considérées comme une forme d'interrogatoire préliminaire de l'un ou l'autre des appelants ou qu'elles sont autrement répréhensibles» (p. 93). Par conséquent, je conclus qu'à ce stade, celui de l'assignation, aucun des appelants ne pouvait invoquer avec succès la protection résiduelle de l'art. 7, exposée dans mes motifs dans l'affaire *S. (R.J.)*, pour faire annuler son assignation. Comme je l'ai souligné dans cet arrêt, ce n'est que très rarement que la protection résiduelle de l'art. 7 pourra être invoquée avec suc-

each applicant” and “I prefer the view that there can be no breach until the proposed witness has testified” ((1991), 66 C.C.C. (3d) 281, at p. 286).

As for the issue of jurisdiction, I refer to my reasons in the companion case of *Primeau*, released concurrently with this decision. For the reasons outlined in *Primeau*, I conclude that the appellants could appeal the decision of Berger J. to the Court of Appeal and could appeal, with leave, the decision of the Court of Appeal to this Court. As regards a direct appeal from the decision of McFadyen J., who dealt with the appellants' second application to quash subpoenas, I agree with my colleagues that “[i]t is not necessary to decide whether an appeal lies from that judgment to this Court since the principles that apply to determine the substantive issue raised by the decision of Berger J. are also determinative in respect of the judgment of McFadyen J.” (p. 92).

For the reasons outlined above, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Ruby & Edwardh, Toronto; Rubin & Maisonville, Vancouver; and Nakatsuru & Doucette, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Department of the Attorney General, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

cès au stade de l'assignation. À cet égard, je partage l'avis du juge Berger, saisi de la première demande d'annulation d'assignations présentée par les appelants, lorsqu'il affirme qu'[TRADUCTION] «[i]l serait dangereux [. . .] de prédire maintenant quel témoignage sera obtenu de chaque requérant» et qu'il [TRADUCTION] «préfère l'opinion selon laquelle il ne peut y avoir de violation tant que le témoin éventuel n'a pas témoigné» ((1991), 66 C.C.C. (3d) 281, à la p. 286).

Sur la question de compétence, je renvoie à mes motifs dans l'arrêt connexe *Primeau*, rendu simultanément, et, sur la base de ces motifs, je conclus que les appelants pouvaient interjeter appel de la décision du juge Berger devant la Cour d'appel, et se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel devant notre Cour, avec son autorisation. Quant à un appel direct de la décision du juge McFadyen qui a eu à décider de la deuxième demande d'annulation des assignations, présentée par les appelants, je suis d'accord avec mes collègues qu'«[i]l n'est pas nécessaire de décider si cette décision peut faire l'objet d'un pourvoi devant notre Cour puisque les principes applicables pour trancher la question de fond soulevée par la décision du juge Berger sont également déterminants en ce qui concerne la décision du juge McFadyen» (p. 92).

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants: Ruby & Edwardh, Toronto; Rubin & Maisonville, Vancouver; et Nakatsuru & Doucette, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

42

43

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Solicitors for the interveners Branch and Levitt: Rees-Thomas & Company, Richmond, B.C.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, 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 la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Procureurs des intervenants Branch et Levitt: Rees-Thomas & Company, Richmond (C.-B.).

United Steelworkers of America, Local 9332 *Appellant (Intervener)*

and

The Honourable Justice K. Peter Richard, in his capacity as Commissioner under the *Public Inquiries Act* and as a Special Examiner under the *Coal Mines Regulation Act* appointed pursuant to Order in Council No. 92-504, dated the 15th day of May, 1992 *Appellant (Respondent)*

v.

Gerald Phillips, Roger Parry, Glyn Jones, Arnold Smith, Robert Parry, Brian Palmer and Kevin Atherton *Respondents (Applicants)*

and

The Attorney General of Nova Scotia, representing Her Majesty the Queen in right of the Province of Nova Scotia *Respondent (Intervener)*

and

Westray Families' Group *Respondent (Intervener)*

and

Town of Stellarton *Respondent (Intervener)*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia and the Attorney General for Saskatchewan *Interveners*

Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 9332 *Appelant (Intervenant)*

et

L'honorable juge K. Peter Richard, en qualité de commissaire en vertu de la *Public Inquiries Act* et d'enquêteur spécial en vertu de la *Coal Mines Regulation Act* nommé conformément au décret n° 92-504 du 15 mai 1992 *Appelant (Intimé)*

c.

Gerald Phillips, Roger Parry, Glyn Jones, Arnold Smith, Robert Parry, Brian Palmer et Kevin Atherton *Intimés (Requérants)*

et

Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, représentant Sa Majesté la Reine du chef de la Nouvelle-Écosse *Intimé (Intervenant)*

et

Le groupe des familles de Westray *Intimé (Intervenant)*

et

La ville de Stellarton *Intimée (Intervenante)*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général de la Saskatchewan *Intervenants*

INDEXED AS: PHILLIPS v. NOVA SCOTIA (COMMISSION OF INQUIRY INTO THE WESTRAY MINE TRAGEDY)

File No.: 23621.

1994: May 31 and June 1; 1995: May 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to fair trial — Provincial commission of inquiry into mining disaster — Commissioner empowered to compel testimony — Mine managers charged with criminal offences relating to disaster — Whether mine managers charged with criminal offences compellable witnesses at the provincial Inquiry — Whether proceeding with the Inquiry's hearings would breach principles of fundamental justice (s. 7) or right to fair trial (s. 11(d)) of the Charter — If so, whether a temporary stay of the public hearings is a just and appropriate remedy under s. 24(1) of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 13 — Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1989, c. 372, s. 5 — Coal Mines Regulation Act, R.S.N.S. 1989, c. 73, s. 67(e).

The Nova Scotia government appointed Richard J. as a Commissioner under the *Public Inquiries Act* to conduct an inquiry into the fatal underground explosion at the Westray Coal Mine and as a special examiner under the *Coal Mines Regulation Act*. Commission staff indexed and summarized all the documents used in their research and provided the indices and summaries to the RCMP who then used these materials to obtain search warrants for the documents in the Commissioner's possession. The RCMP in turn provided the Commissioner with witness statements taken during the police investigation and cooperated with him in the development of a plan to re-enter the mine to gather evidence.

The union was the certified bargaining agent representing surface and underground employees of the Westray Coal Mine and the Westray Families' Group is comprised of relatives of the miners killed in the explosion. Both groups, along with the Attorney General of Nova Scotia, were granted general status to participate

RÉPERTORIÉ: PHILLIPS c. NOUVELLE-ÉCOSSE (COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA TRAGÉDIE DE LA MINE WESTRAY)

N° du greffe: 23621.

1994: 31 mai et 1^{er} juin; 1995: 4 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit à un procès équitable — Commission d'enquête provinciale sur une tragédie minière — Commissaire habilité à contraindre des personnes à témoigner — Directeurs de la mine accusés d'infractions criminelles relativement à la tragédie — Les directeurs de la mine accusés d'infractions criminelles peuvent-ils être contraints à témoigner à l'enquête provinciale? — La tenue des audiences de l'enquête violerait-elle les principes de justice fondamentale (art. 7) ou le droit à un procès équitable (art. 11d)) garantis par la Charte? — Dans l'affirmative, la suspension temporaire des audiences publiques est-elle une réparation juste et convenable au sens de l'art. 24(1) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d), 13 — Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1989, ch. 372, art. 5 — Coal Mines Regulation Act, R.S.N.S. 1989, ch. 73, art. 67e).

En application de la *Public Inquiries Act*, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a nommé le juge Richard commissaire chargé d'enquêter sur une explosion souterraine ayant fait des victimes à la mine de charbon Westray et enquêteur spécial aux termes de la *Coal Mines Regulation Act*. Le personnel de la commission a répertorié et résumé tous les documents utilisés pour leurs recherches et fourni les répertoires et les résumés à la GRC, qui s'en est servi pour obtenir des mandats de perquisition visant les documents que le commissaire avait en sa possession. La GRC a remis au commissaire les déclarations des témoins prises durant ses enquêtes et a coopéré avec lui dans l'élaboration d'un plan visant à obtenir l'accès à la mine pour rassembler d'autres éléments de preuve.

Le syndicat était accrédité pour représenter les employés de la mine de charbon Westray qui travaillent en surface ou au fond, et le groupe des familles de Westray est composé de parents des mineurs qui ont perdu la vie lors de l'explosion. Ces deux groupes, de même que le procureur général de la Nouvelle-Écosse, se sont vu

in the Westray Mine Public Inquiry. The individual respondents were employed by Westray Coal, a division of Curragh Resources Inc., in managerial and supervisory positions that carried responsibilities under the *Coal Mines Regulation Act*. Breach of these responsibilities could invoke consequences under the *Coal Mines Regulation Act* and the *Occupational Health and Safety Act*. All charges brought against individual respondents for violations of the *Occupational Health and Safety Act* were eventually quashed. Criminal charges of manslaughter and criminal negligence causing death, however, were laid against the respondents Parry and Phillips, along with Curragh Resources Inc. and preferred indictments were laid against all three. The RCMP indicated that no further charges were contemplated.

The individual respondents applied to the Nova Scotia Supreme Court, Trial Division for a declaration that the Order in Council establishing the Commission was *ultra vires* the province, and that it infringed their rights under ss. 7 (the right to security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice), 8 (the right to be secure against unreasonable search and seizure) and 11(d) (the presumption of innocence and the right to a fair trial) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. They also sought an injunction preventing the inquiry from proceeding. The judge at first instance ruled that the terms of the inquiry were *ultra vires* as they encroached upon the federal criminal law power. The appellants, the Attorney General of Nova Scotia, the Westray Families' Group and the Town of Stellarton appealed and the Court of Appeal allowed the appeal, set aside the declaration and ordered that the Inquiry's public hearings be stayed pending the resolution of the charges against the individual respondents.

Leave to appeal was granted to both the Commissioner and the union, and the appeals, given that both raised substantially the same issues, were treated as one for the purposes of this judgment. The individual respondents were denied leave to cross-appeal on the *vires* of the terms of reference. At issue here were: whether the respondents Parry and Phillips would be compellable witnesses at the Westray Inquiry; whether proceeding with the Inquiry's hearings would breach s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*; and if so, whether a temporary stay of the public hearings is a just and appropriate remedy under s. 24(1) of the *Charter*. Subsequent to the

reconnaître la qualité de participants à l'enquête publique sur la mine Westray. Les individus intimés étaient tous des employés de Westray Coal, division de Curragh Resources Inc., et occupaient des postes de direction ou de surveillance dont les fonctions comportaient certaines responsabilités visées par la *Coal Mines Regulation Act*. Le manquement à ces responsabilités risque d'entraîner des conséquences sous le régime de la *Coal Mines Regulation Act* ou de l'*Occupational Health and Safety Act*. Toutes les accusations portées contre les individus intimés pour des infractions à l'*Occupational Health and Safety Act* ont finalement été annulées. Des accusations d'homicide involontaire coupable et de négligence causant la mort ont toutefois été portées contre les intimés Parry et Phillips et contre Curragh Resources Inc. Des actes d'accusation ont été présentés contre ces trois accusés. La GRC a indiqué qu'elle n'envisageait porter aucune autre accusation.

Les individus intimés ont demandé à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section de première instance, de déclarer que le décret créant la commission excédait la compétence de la province et qu'il portait atteinte à leurs droits garantis par les art. 7 (le droit à la sécurité de la personne, auquel il ne peut être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale), 8 (le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives) et l'al. 11d) (la présomption d'innocence et le droit à un procès équitable) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ils ont également sollicité une injonction interdisant la poursuite de l'enquête. Le juge de première instance a statué que le mandat de la commission était inconstitutionnel parce qu'il empiétait sur la compétence fédérale en matière de droit criminel. Les appelants, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le groupe des familles de Westray et la ville de Stellarton en ont appelé devant la Cour d'appel qui a fait droit à l'appel, a annulé le jugement déclaratoire et a ordonné la suspension des audiences publiques de l'enquête en attendant la décision sur les accusations portées contre les individus intimés.

Une autorisation de pourvoi a été accordée au commissaire et au syndicat. Comme les deux pourvois portent essentiellement sur les mêmes questions, ils ont été traités comme s'ils ne faisaient qu'un. L'autorisation de former un pourvoi incident sur la question de la constitutionnalité du mandat a été refusée aux individus intimés. Les questions soulevées par le présent pourvoi sont les suivantes: Les intimés Parry et Phillips pourraient-ils être contraints de témoigner à l'enquête Westray? La tenue des audiences de l'enquête publique violerait-elle l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte*? Dans l'affirmative, la suspension temporaire des audiences

hearing of this appeal, the accused mine managers elected trial by judge alone contrary to earlier indications.

Held: The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier and McLachlin J.J.: The foundation on which the stay of the Westray Inquiry was based has disappeared in that the accused persons elected trial by judge alone and the trial has started. The appeal was argued, however, on the assumption that the criminal trial would be by judge and jury. Nothing in the record supports the view that the anticipated publicity would have any effect on a trial judge so as to support a stay. It is unnecessary and undesirable to decide this case on a basis that has disappeared. This Court should not decide issues that are not necessary to the resolution of an appeal. This is particularly true with respect to constitutional issues, especially where the foundation upon which the proceedings were launched has ceased to exist. Unnecessary constitutional pronouncements may prejudice future cases, the implications of which have not been foreseen. The fact that the case was fully argued is not sufficient to warrant deciding difficult *Charter* issues and laying down guidelines with respect to future public inquiries simply because to do so might be "helpful".

The above applies equally to the issue of compellability. As well, the issue of compellability should not be addressed because it is premature. A new test has emerged (*R. v. S. (R.J.)* and *British Columbia Securities Commission v. Branch*) with respect to compellability and subsequent use protection of compelled testimony. The application of these principles may be affected by the circumstances in which the respondents are compelled. For example, the timing of the compelled testimony might be a material factor in determining the purpose of the compelled testimony.

Per Cory, Iacobucci and Major J.J.: The public Inquiry is important to Nova Scotia and all concerned with the mining industry. The compelled testimony of the mine managers is vitally important to this Inquiry. Canadian statutes relating to evidence and the *Charter* have indicated a preference for compelled testimony

publiques serait-elle une réparation juste et convenable au sens du par. 24(1) de la *Charte*? À la suite de l'audition du présent pourvoi, les directeurs de la mine inculpés ont opté pour un procès devant un juge seul contrairement à ce qu'ils avaient indiqué antérieurement.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier et McLachlin: Le fondement de la suspension de l'enquête Westray est disparu depuis que les accusés ont choisi d'être jugés par un juge seul et que le procès a commencé. Toutefois, les parties ont plaidé le pourvoi en présumant que le procès criminel serait instruit par un juge et un jury. Aucun élément au dossier ne permet d'affirmer que la publicité prévue aurait sur un juge de première instance un effet qui justifie la suspension. Il n'est ni nécessaire ni souhaitable de trancher le présent pourvoi sur la base d'un motif qui est disparu. Notre Cour ne devrait pas se prononcer sur des points lorsqu'il n'est pas nécessaire de le faire pour régler le pourvoi. Cela est particulièrement vrai quand il s'agit de questions constitutionnelles, en particulier si le fondement de la procédure qui a été engagée a cessé d'exister. Toute déclaration inutile sur un point de droit constitutionnel risque de causer à des affaires à venir un préjudice dont les conséquences n'ont pas été prévues. Le fait que la question ait été longuement débattue n'est pas suffisant pour justifier la décision de trancher des questions difficiles concernant la *Charte* et d'établir des lignes directrices relatives à la tenue d'enquêtes publiques futures parce que cela pourrait être «utile».

Ce qui précède s'applique aussi à la question de la contraignabilité. De plus, la question de la contraignabilité ne devrait pas être débattue parce qu'elle est prématurée. Un nouveau critère a été énoncé (*R. c. S. (R.J.)* et *British Columbia Securities Commission c. Branch*) à l'égard de la contraignabilité et de la protection contre l'utilisation ultérieure du témoignage fait sous la contrainte. L'application de ces principes peut très bien dépendre des circonstances dans lesquelles les intimés sont contraints. Par exemple, le moment choisi pour contraindre des personnes à témoigner pourrait être un facteur important dans la détermination du but dans lequel ces personnes ont ainsi été contraintes.

Les juges Cory, Iacobucci et Major: L'enquête publique est importante pour la province de la Nouvelle-Écosse et pour tous les intéressés dans l'industrie minière. Aux fins de cette enquête, la possibilité de contraindre les directeurs de la mine à témoigner présente une importance primordiale. Les lois canadiennes en

coupled with later protection for the witness. The Nova Scotia Government has considered and acknowledged the risk it runs with regard to the criminal charges in choosing to proceed with the Inquiry. That decision should not be reversed by the Court. At this time the balance between individual and public rights which must be drawn under s. 7 of the *Charter* favours the public interest in proceeding with the Westray Inquiry and with the hearing of whatever compelled testimony the Commissioner may decide is necessary to perform his allotted task.

Some general principles apply to the problems which may arise from proceeding with both public inquiries and criminal charges against some witnesses to be called at those public inquiries.

Public inquiries often play an important role in satisfying public interest and concern as to the cause of a tragedy, the safety of persons involved in the operation of the institution or industry to be investigated, the nature of the applicable safety regulations, the governmental enforcement of those regulations and procedures, and recommendations for the future safety of the industry or institution.

The right to a fair trial is of fundamental importance and must always be carefully considered in determining whether *Charter* remedies should be granted in order to protect that right.

The importance of public inquiries requires that all persons with relevant evidence to be given will be subject to subpoena and compellable to testify as witnesses.

The rights of those witnesses are generally protected by the provisions of the *Charter*, particularly ss. 11(d), 13, and 7.

Not only will the witness have the right not to have the testimony given used to incriminate him or her, there will also be protection from the use of "derivative evidence" as provided by *R. v. S. (R.J.)*.

Those seeking to have the court ban the publication of evidence have the burden of establishing the necessity of the ban. That is to say they must demonstrate that the effect of publicizing the evidence will be to leave potential jurors irreparably prejudiced or so impair the presumption of innocence that a fair trial is impossible.

matière de preuve et la *Charte* donnent la préférence à la contraignabilité conjuguée à la protection offerte au témoin dans les procédures ultérieures. Le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a évalué et reconnu le risque au regard des poursuites criminelles que comportait sa décision de tenir une enquête. Notre Cour ne doit pas révoquer cette décision. À ce stade-ci, puisque l'art. 7 commande de soupeser les droits individuels et le bien public, la balance penche en faveur de l'intérêt public dans la poursuite de l'enquête Westray et dans l'obtention par la contrainte des témoignages que le commissaire estime nécessaires pour l'accomplissement de son mandat.

Certains principes généraux sont applicables aux problèmes que pose la tenue à la fois d'une enquête publique et de poursuites criminelles contre certains témoins qui doivent comparaître devant la commission d'enquête.

Les enquêtes publiques jouent souvent un rôle important, parce qu'elles répondent aux attentes et aux préoccupations de la population par rapport à la détermination de la cause d'une tragédie, à la sécurité des travailleurs de l'établissement ou de l'industrie en cause, à la nature de la réglementation et des mesures en matière de sécurité, et à leur application par l'État, ainsi qu'aux recommandations destinées à assurer la sécurité à l'avenir dans l'industrie ou l'établissement.

Le droit à un procès équitable revêt une importance fondamentale et il doit toujours être pris en compte quand il s'agit de décider s'il y a lieu d'accorder une réparation sous le régime de la *Charte* afin de protéger ce droit.

Étant donné l'importance des enquêtes publiques, il est indispensable que toutes les personnes susceptibles de rendre un témoignage pertinent puissent être assignées comme témoins et contraintes de témoigner.

Les droits de ces témoins sont généralement protégés par les dispositions de la *Charte*, en particulier par l'al. 11(d) et par les art. 13 et 7.

Non seulement les témoins ont droit à ce qu'aucun témoignage qu'ils donnent ne soit utilisé pour les incriminer, mais encore ils sont protégés contre l'utilisation de la «preuve dérivée» suivant l'arrêt *R. c. S. (R.J.)*.

Ceux qui demandent au tribunal d'interdire la publication des témoignages ont la charge de démontrer la nécessité d'une telle ordonnance. C'est-à-dire qu'ils doivent démontrer que la publication de la preuve aura pour effet de porter atteinte de manière irréparable à l'impartialité des futurs jurés ou de miner la présomption d'in-

Before relief is granted in order to preserve the right to a fair trial, satisfactory proof of the link between the publicity and its adverse effect must be given.

Assessment of the effect of the publicity on the right to a fair trial must take place in the context of the existing procedures to safeguard the selection of jurors. Further, the nature and extent of the publicity must be considered.

The applicant seeking the ban must establish that there are no alternative means available to prevent the harm the ban seeks to prevent.

The remedy should not extend beyond the minimum relief required to ensure the fair trial of the witness.

In some circumstances proceeding with the public inquiry may so jeopardize the criminal trial of a witness called at the inquiry that it may be stayed or result in important evidence being held to be inadmissible at the criminal trial. In those situations it is the executive branch of government which should make the decision whether to proceed with the public inquiry. That decision should not, except in rare circumstances, be set aside by a court.

If an accused elects trial before a judge alone, then pre-trial publicity will not be a factor to be taken into consideration in assessing the fairness of the trial.

Holding the public hearings prior to or concurrently with the criminal trials would not violate the fair trial rights of the two accused managers. Two exceptions exist. First, the publication of the testimony of the two accused managers could jeopardize their s. 11 fair trial rights before a jury because it could expose potential jurors to testimony that they might never hear at the trial. (Accused persons are not required to testify at trial.) The publication of some or all of this evidence should be banned temporarily. The risk to the fair trial rights of the accused does not warrant the staying of the hearings. Second, the Commissioner's conclusions should not be released until after the completion or stay of the criminal trials because it too could influence the jurors.

The publicity here, while widespread, was objective and dealt primarily with the progress of the Inquiry. Submissions can be made to a court at a later time if the

nocence à un point tel qu'il sera impossible de tenir un procès équitable. Avant d'accorder une réparation pour préserver le droit à un procès équitable, le tribunal doit disposer d'une preuve satisfaisante du lien entre la publicité et son effet préjudiciable.

L'évaluation de l'effet de la publicité sur le droit à un procès équitable doit tenir compte du contexte des garanties existantes que comporte le mode de sélection des jurés. La nature et la portée de la publicité doivent aussi être prises en considération.

Le requérant qui sollicite l'interdiction doit établir qu'il n'existe aucune autre solution permettant de prévenir le préjudice que l'interdiction cherche à prévenir.

La réparation ne doit pas excéder le minimum nécessaire pour garantir un procès équitable au témoin.

Dans certaines circonstances, la tenue d'une enquête publique pourrait compromettre le procès criminel d'un témoin assigné à l'enquête au point d'entraîner l'arrêt des procédures ou d'amener la cour à conclure que des éléments de preuve importants sont inadmissibles. En pareil cas, il appartient au pouvoir exécutif de prendre la décision de tenir une enquête publique. Sauf dans de rares cas, les tribunaux ne devraient pas annuler la décision prise.

Si un accusé opte pour un procès devant un juge seul, la publicité antérieure au procès ne sera pas un facteur à prendre en considération dans l'appréciation de l'équité du procès.

La tenue des audiences publiques avant le procès des deux directeurs accusés ou simultanément ne violerait pas leur droit à un procès équitable sous réserve de deux exceptions. Premièrement, la publication des témoignages des deux directeurs accusés pourrait mettre en danger le droit à un procès équitable devant jury qui leur est garanti par l'art. 11 parce que les futurs jurés pourraient prendre connaissance de témoignages qu'il ne leur serait jamais donné d'entendre aux procès. (Les accusés ne sont pas tenus de témoigner à leur procès.) La publication d'une partie ou de la totalité de ces éléments de preuve devrait être interdite temporairement. Le risque que le droit des accusés à un procès équitable soit mis en danger ne justifie pas la suspension des audiences. Deuxièmement, les conclusions du commissaire ne devraient pas être publiées avant la fin des procès criminels ou l'arrêt des procédures parce qu'elles pourraient elles aussi influencer les jurés.

Malgré son ampleur, la couverture dont a fait l'objet la présente affaire était objective et traitait principalement du progrès de l'enquête. Les accusés peuvent faire

accused persons suffer more prejudice to their fair trial rights than can reasonably be foreseen now.

The conduct of the commission officials and the RCMP did not amount to unwelcome complicity. Cooperation between different agencies was not only efficient and sensible, but also may have been the only way to proceed with the enormous investigative tasks required. The mere fact that the RCMP received a list of documents from the Inquiry which it later proceeded to seize under a search warrant does not mean that a fair trial is no longer possible. There is no evidence that the police could not have received the same documents directly from the company.

Publication of the testimony of the accused mine managers at the inquiry might be banned in whole or in part since it runs a high risk of prejudicing their *Charter* right to a fair trial before a jury. As well the Commissioner's report should not be released until the accused have a chance to review it and, if so advised, to bring an application to ban its publication until the criminal charges have been disposed of after trial or have been stayed.

Courts should give a generous interpretation to a commissioner's powers to control his or her own proceedings under the Nova Scotia Act. The commissioner must be responsible for ensuring that the hearings are as public as possible yet still maintain the essential rights of the individual witnesses. It is the commissioner who will first determine whether exceptional orders should be issued. The authority to make these orders derives from and relates to the conduct of the inquiry hearings and should be given a reasonable and purposeful interpretation in order to provide commissions of inquiry with the ability to achieve their goals.

Per L'Heureux-Dubé J.: For the reasons given in *R. v. S. (R.J.)*, an accused can generally be compelled to testify at a parallel proceeding, although the accused's testimony at such a proceeding cannot then be used to incriminate him or her in other proceedings (except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence). Evidence derived from an accused's testimony at a parallel proceeding ("derivative evidence"), on the other hand, can be used to incriminate the accused in other proceedings. In certain circumstances a witness will be able to claim an exception from the gen-

valoir plus tard devant un tribunal qu'un préjudice plus grave que celui qu'il est raisonnablement possible de prévoir aujourd'hui a été causé à leur droit à un procès équitable.

La conduite des représentants de la commission et de la GRC n'équivalait pas à une collusion déplacée. La coopération entre les divers organismes constituait non seulement un moyen efficace et raisonnable, mais peut-être le seul moyen possible pour mener l'investigation nécessaire. Le simple fait que la GRC ait reçu du commissaire une liste de documents qu'elle a ensuite saisis en vertu d'un mandat de perquisition ne signifie pas qu'il est désormais impossible de tenir un procès équitable. Rien n'indique que la police n'aurait pas pu recevoir les mêmes documents directement de l'entreprise.

La publication de la totalité ou d'une partie des témoignages des directeurs de la mine à l'enquête pourrait être interdite puisqu'il existe un risque grave que leur droit à un procès équitable devant jury garanti par la *Charte* ne soit mis en danger. En outre, le rapport du commissaire ne devrait pas être publié avant que les accusés aient eu la possibilité de l'examiner et, si on leur a conseillé de le faire, de demander que sa publication soit interdite jusqu'à ce que les accusations aient fait l'objet d'une décision après un procès ou d'un arrêt des procédures.

Les tribunaux sont tenus de donner une interprétation libérale aux pouvoirs conférés aux commissaires par la loi néo-écossaise pour la conduite de leurs travaux. Il incombe au commissaire de voir à ce que les audiences soient publiques, dans la mesure du possible, tout en préservant les droits fondamentaux des témoins individuellement. C'est au commissaire qu'il appartient au premier chef de décider s'il convient de rendre une ordonnance exceptionnelle. Son pouvoir à ce titre se rattache à la conduite des audiences de l'enquête et il convient de lui donner une interprétation raisonnable et fondée sur l'objet afin que les commissions d'enquête puissent exécuter leur mandat.

Le juge L'Heureux-Dubé: Pour les motifs fournis dans l'arrêt *R. c. S. (R.J.)*, un accusé peut généralement être contraint de témoigner dans une poursuite parallèle, bien que ce témoignage ne puisse par la suite servir à l'incriminer dans d'autres poursuites (exception faite des poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires). Par contre, les éléments de preuve obtenus à partir du témoignage d'un accusé dans une poursuite parallèle (la «preuve dérivée») peuvent servir à l'incriminer dans d'autres poursuites. Dans certaines circonstances, un témoin pourra invoquer une exception à la

eral rule of compellability. Specifically, where the state's action in compelling a witness can be characterized as "fundamentally unfair", such compulsion is inconsistent with the principles of fundamental justice and an application for appropriate relief can be brought under s. 24(1) of the *Charter*. Fundamentally unfair conduct will most frequently occur when the Crown is seeking, as its predominant purpose (rather than incidentally), to build or advance its case against the witness instead of acting in furtherance of those pressing and substantial purposes validly within the jurisdiction of the body compelling the testimony. In such cases, an application for relief under s. 24(1) can be made at two points: (a) when the witness is subpoenaed (the "subpoena stage"); and (b) when the witness is tried (the "trial stage"). At the subpoena stage, if a violation of s. 7 is successfully made out, the appropriate remedy is to quash the subpoena. A challenge at the subpoena stage to the validity of a subpoena is highly speculative and should only succeed in the clearest of cases. At the trial stage, if fundamentally unfair conduct is demonstrated, the court may provide a remedy, pursuant to s. 24(1), which it considers appropriate and just in the circumstances, generally a stay of proceedings.

Here, no one contested the fact that the Inquiry was established for a valid purpose and there was no evidence that the respondent managers would be compelled for a colourable purpose. Accordingly, the respondent managers are properly compellable at the Inquiry. Their testimony at the Inquiry, however, cannot later be used to incriminate them in other proceedings (except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence). Derivative evidence, on the other hand, will be admissible against them in other proceedings, provided its relevance can be independently established. If the state engages in "fundamentally unfair" conduct vis-à-vis the respondent managers at the Inquiry, an application for appropriate relief may be made by the respondent managers at the trial stage.

The only serious threat to the s. 11(d) rights of the respondents Parry and Phillips arises from the possibility that either their testimony at the Inquiry or the Commissioner's conclusions might be published, in whole or in part, before the completion of their trials. Such pre-trial publicity has the potential in some circumstances to prejudice an accused's right to a fair trial to the extent that it concerns information that would not otherwise be admissible against the accused at trial. However, it is not in every case that such prejudice will result. Further-

règle générale de la contraignabilité. Plus particulièrement, s'il est possible de qualifier la conduite de l'État qui contraint un témoin de «fondamentalement inéquitable», cette contrainte est incompatible avec les principes de justice fondamentale et peut donner lieu à une demande de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. La conduite fondamentalement inéquitable survient le plus souvent lorsque le ministère public cherche principalement (plutôt qu'accessoirement) à bâtir ou à faire avancer la constitution de sa preuve contre le témoin au lieu de poursuivre les objectifs urgents et réels qui relèvent valablement de la compétence de l'organisme qui contraint à témoigner. Dans de tels cas, il est possible de présenter une demande de réparation en vertu du par. 24(1) à deux moments: a) quand le témoin est assigné («étape du subpoena») et b) au procès du témoin («étape du procès»). Si le témoin établit, à l'étape du subpoena, qu'il y a eu violation de l'art. 7, la réparation qui convient est l'annulation du subpoena. La contestation de la validité d'un subpoena, à cette étape, est de nature hautement conjecturale et ne saurait réussir que dans les cas les plus manifestes. À l'étape du procès, s'il est démontré que la conduite est fondamentalement inéquitable, le tribunal peut, en application du par. 24(1), ordonner la réparation qu'il estime convenable et juste eu égard aux circonstances; il s'agira de façon générale d'un arrêt des procédures.

En l'espèce, personne n'a mis en doute la validité de l'objectif de l'enquête et aucun élément de preuve n'indique que les directeurs intimés seraient contraints à témoigner dans un but détourné. Par conséquent, les directeurs intimés peuvent être contraints à témoigner à l'enquête. Toutefois, leur témoignage ne pourra être utilisé ultérieurement pour les incriminer dans d'autres poursuites (exception faite de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires). Par contre, la preuve dérivée pourra être admise contre eux dans d'autres poursuites dans la mesure où sa pertinence peut être établie de façon indépendante. Si, au cours de l'enquête, l'État se conduit de façon «fondamentalement inéquitable» à l'égard des directeurs intimés, ceux-ci pourront, à l'étape du procès, demander la réparation qui convient.

Le droit que garantit l'al. 11d) aux intimés Parry et Phillips n'est menacé de façon sérieuse que par la possibilité que leur témoignage à l'enquête ou les conclusions du commissaire soient publiés, en totalité ou en partie, avant la fin de leurs procès. Une telle publicité antérieure au procès, dans la mesure où elle porte sur des renseignements qui ne seraient pas autrement admissibles au procès, peut, dans certaines circonstances, porter atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. Toutefois, cette possibilité ne se concrétisera pas dans

more, prejudice arising from pre-trial publicity can only be alleged where an accused is being tried by a judge and jury. If an accused is being tried by judge alone, pre-trial publicity is assumed not to prejudice the right to a fair trial. Since the respondents Parry and Phillips are being tried before a judge alone, no violation of s. 11(d) has been made out. Accordingly, the stay of the public hearings of the Inquiry should be lifted.

The same conclusion would have been reached had the respondents in question maintained their original election of trial by judge and jury. Although an accused who is being tried before a judge and jury may be prejudiced by pre-trial publicity related to a public inquiry, a stay of a public inquiry's proceedings should be issued only in the most extraordinary of circumstances to remedy a potential violation of s. 11(d) of the *Charter*. This is for two reasons. First, the risk of prejudice to an accused's fair trial rights from pre-trial publicity is highly speculative and will be extremely difficult to prove with a sufficient degree of probability to warrant the granting of a remedy. Second, even if the potential violation of s. 11(d) is shown to be sufficiently likely to warrant a remedy, a stay of proceedings would not generally be the appropriate remedy. Instead, it will generally be possible to fashion a remedy short of a stay of proceedings (such as a publication ban or *in camera* hearings) that adequately protects the fair trial rights of the accused. As a rule, there is no one remedy that is necessarily better than another. In fact, there will generally be a number of appropriate remedies from which, if a violation of s. 11(d) is made out, the least intrusive alternative should be selected.

The application for such a remedy should generally be made to the commissioner. The accused, if not satisfied with the decision of the commissioner, can then apply for judicial review. Where the commissioner's powers are limited and an appropriate remedy cannot be provided, the accused can apply to the trial judge or, if no trial judge has yet been appointed, to a judge of the highest court of first instance before which the trial could proceed for an appropriate remedy. While such a judge's jurisdiction to entertain an application by an accused for an appropriate remedy may be broad, the judge should generally refuse to exercise such jurisdiction if the commissioner also has the necessary jurisdiction to provide an appropriate remedy and is in a better position to determine the necessity of a remedy and the

tous les cas. De plus, ce préjudice ne peut être allégué que lorsque le procès a lieu devant juge et jury. La publicité antérieure au procès est réputée ne pas porter atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable lorsque que celui-ci est jugé par un juge seul. Comme les intimés Parry et Phillips sont jugés par un juge seul, on n'a pas démontré qu'il y avait eu violation de l'al. 11d). Par conséquent, il y a lieu de lever la suspension des audiences publiques de l'enquête.

Cette conclusion n'aurait pas été différente si les intimés s'en étaient tenus à leur choix initial d'être jugés par un juge et un jury. Même si la publicité antérieure au procès associée à la tenue d'une enquête publique peut nuire à un accusé dont le procès a lieu devant un juge et un jury, seules des circonstances très exceptionnelles peuvent justifier la décision d'imposer une suspension des procédures à titre de réparation d'une telle violation potentielle de l'al. 11d) de la *Charte*, et ceci pour deux raisons. Premièrement, le risque d'atteinte au droit à un procès équitable associé à la publicité antérieure au procès est de nature très hypothétique et il sera donc extrêmement difficile de prouver une telle possibilité de violation avec un degré de probabilité suffisant pour justifier l'octroi d'une réparation. Deuxièmement, même si on démontre que la violation de l'al. 11d) est suffisamment probable pour justifier l'octroi d'une réparation, la suspension des procédures ne constituera pas, en général, le redressement qui convient. Au contraire, il sera généralement possible d'élaborer une réparation (telle une interdiction de publication ou la tenue d'audiences à huis clos) qui protégera le droit d'un accusé à un procès équitable sans recourir à la suspension des procédures. Aucune réparation n'est par définition meilleure qu'une autre. De façon générale, il existe un éventail de réparations adéquates parmi lesquelles il y a lieu de choisir la réparation la moins envahissante, s'il est établi que l'al. 11d) a été violé.

La demande de réparation devrait généralement être présentée au commissaire. Si l'accusé n'est pas satisfait de la décision du commissaire, il peut alors présenter une demande de contrôle judiciaire. Lorsque les pouvoirs du commissaire sont limités au point qu'il n'est pas en mesure d'accorder une réparation adéquate à un accusé, celui-ci peut demander réparation en s'adressant au juge du procès ou, si aucun juge n'a encore été désigné, à un juge du plus haut tribunal devant lequel son procès peut être instruit. Même s'ils disposent d'une large compétence pour entendre les demandes présentées par des accusés afin d'obtenir une réparation appropriée, les juges devraient, en général, refuser d'exercer cette compétence, d'une part, si le commissaire a, lui aussi, compétence pour octroyer le redressement et,

form, if any, it should take. Generally, a commissioner will be in a better position than a judge to make such a determination.

Here, had the respondent managers continued with their election for trial before judge and jury, it would have been inappropriate to impose a temporary publication ban with respect to the Commissioner's final report. First, in such circumstances, the risk of prejudice to the fair trial rights of the respondents in question would have been based far too heavily on speculation. Second, the determination of the need for a publication ban, even a temporary one, should generally be made by the Commissioner or the trial judge, not by this Court.

Cases Cited

By Sopinka J.

Considered: *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; **referred to:** *Attorney General of Quebec v. Cumming*, [1978] 2 S.C.R. 605; *The Queen in Right of Manitoba v. Air Canada*, [1980] 2 S.C.R. 303; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] S.C.R. 887; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3

By Cory J.

Followed: *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; **considered:** *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, rev'g (1992), 99 D.L.R. (4th) 326; **referred to:** *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591; *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Kenny* (1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 318; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985; *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724; *Buffalo v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (1994), 86 F.T.R. 1; *Delaney v. United States*, 199 F.2d 107

d'autre part, s'il est mieux placé pour se prononcer sur le caractère nécessaire de ce redressement et sur la forme qu'il devrait prendre, le cas échéant. En règle générale, le commissaire est la personne la mieux placée pour prendre une telle décision.

En l'espèce, si les directeurs intimés n'étaient pas revenus sur leur choix d'être jugés par un juge et un jury, il y aurait eu lieu d'imposer une interdiction de publication temporaire concernant le rapport final du commissaire. Tout d'abord, dans ces circonstances, le risque d'atteinte au droit des intimés à un procès équitable aurait été effectivement beaucoup trop conjectural. Ensuite, c'est au commissaire ou au juge du procès et non à notre Cour qu'il appartient de déterminer s'il est nécessaire de prononcer une ordonnance de non-publication, même temporaire.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêt examiné: *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; **arrêts mentionnés:** *Procureur général du Québec c. Cumming*, [1978] 2 R.C.S. 605; *La Reine du chef du Manitoba c. Air Canada*, [1980] 2 R.C.S. 303; *John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3.

Citée par le juge Cory

Arrêts suivis: *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; **arrêts examinés:** *Batary c. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, inf. (1992), 99 D.L.R. (4th) 326; **arrêts mentionnés:** *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591; *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Kenny* (1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 318; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *Haywood Securities Inc. c. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724; *Buffalo c. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (1994), 86 F.T.R. 1; *Delaney c. United States*, 199 F.2d 107

(1952); *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *Canadian Broadcasting Corp. v. Keegstra* (1986), 35 D.L.R. (4th) 76; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Stroble v. California*, 343 U.S. 181 (1952); *R. v. French (No. 2)* (1991), 93 Nfld. & P.E.I.R. 14; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Kray* (1969), 53 Cr. App. R. 412; *Hubbert v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 267, aff'g (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *Ex parte Telegraph plc*, [1993] 2 All E.R. 971; *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976); *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979); *R. v. Burke (No. 3)* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 191; *Re Orysiuk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 445; *Stickney v. Trusz* (1973), 2 O.R. (2d) 469; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *Re Yanover and Kiroff and The Queen* (1974), 6 O.R. (2d) 478; *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494.

By L'Heureux-Dubé J.

Followed: *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; **referred to:** *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11(c), (d), 13, 24(1).
Coal Mines Regulation Act, R.S.N.S. 1989, c. 73, s. 67(e).
Constitution Act, 1867, ss. 91, 96.
Contempt of Court Act 1981 (U.K.), 1981, c. 49.
Coroners Act, R.S.S. 1953, c. 106.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 517, 539.
 Nova Scotia Order in Council, No. 92-504.
Occupational Health and Safety Act, R.S.N.S. 1989, c. 320.
Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1989, c. 372, s. 5.
Trade Union Act, R.S.N.S. 1989, c. 475.

Authors Cited

Alberta. Law Reform Institute. Report No. 62. *Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act*. Edmonton: The Institute, 1992.
 Blom-Cooper, Sir Louis. "Public Inquiries" (1993), 46 *Cur. Leg. Prob.* 204.

(1952); *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Canadian Broadcasting Corp. c. Keegstra* (1986), 35 D.L.R. (4th) 76; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Stroble c. California*, 343 U.S. 181 (1952); *R. c. French (No. 2)* (1991), 93 Nfld. & P.E.I.R. 14; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Kray* (1969), 53 Cr. App. R. 412; *Hubbert c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 267, conf. (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *Ex parte Telegraph plc*, [1993] 2 All E.R. 971; *Nebraska Press Assn. c. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976); *Gannett Co. c. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979); *R. c. Burke (No. 3)* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 191; *Re Orysiuk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 445; *Stickney c. Trusz* (1973), 2 O.R. (2d) 469; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *Re Yanover and Kiroff and The Queen* (1974), 6 O.R. (2d) 478; *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt suivi: *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; **arrêts mentionnés:** *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11(c), (d), 13, 24(1).
Coal Mines Regulation Act, R.S.N.S. 1989, ch. 73, art. 67e).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 517, 539.
Contempt of Court Act 1981 (R.-U.), 1981, ch. 49.
Coroners Act, R.S.S. 1953, ch. 106.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 96.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5.
 Nouvelle-Écosse, Décret n° 92-504.
Occupational Health and Safety Act, R.S.N.S. 1989, ch. 320.
Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1989, ch. 372, art. 5.
Trade Union Act, R.S.N.S. 1989, ch. 475.

Doctrine citée

Alberta. Law Reform Institute. Report No. 62. *Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act*. Edmonton: The Institute, 1992.
 Blom-Cooper, Sir Louis. «Public Inquiries» (1993), 46 *Cur. Leg. Prob.* 204.

- Cameron, James M. *The Pictonian Colliers*. Halifax: Nova Scotia Museum, 1974.
- Cameron, Jamie. "Comment: The Constitutional Domestication of our Courts — Openness and Publicity in Judicial Proceedings under the Charter". In Philip Anisman and Allen M. Linden, eds., *The Media, the Courts and the Charter*. Toronto: Carswell, 1986, 331.
- Canada. Commission of Inquiry. *Report of Commission of Inquiry: Explosion in No. 26 Colliery, Glace Bay, Nova Scotia, on February 24, 1979*. R. H. Elfstrom, Commissioner. Ottawa: The Commission, 1980.
- Canada. Commission of Inquiry. *Report to the Minister of Labour in the Matter of an Inquiry under Section 86 of the Canada Labour Code Concerning a Fire on June 19, 1975 in the No. 26 Colliery at Glace Bay, Nova Scotia*. Keith E. Eaton, Commissioner. Halifax: The Commission, 1976.
- Canada, Department of Labour, Mine Safety Office, and Nova Scotia, Department of Mines and Energy. *Report of Investigation into Mine Rescue Operations at No. 26 Colliery Fire on April 5, 1984*.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 17. *Administrative Law: Commissions of Inquiry*. Ottawa: The Commission, 1977.
- Grange, S. G. M. "How Should Lawyers and the Legal Profession Adapt?" In A. Paul Pross, Innis Christie and John A. Yogis, eds., *Commissions of Inquiry* (1990), 12 *Dalhousie L.J.* 151.
- Hoegg Ryan, Judith. *Coal in Our Blood*. Halifax: Formac, 1992.
- Le Dain, Gerald E. "The Role of the Public Inquiry in our Constitutional System". In Jacob S. Ziegel, ed., *Law and Social Change*. Toronto: Osgoode Hall Law School, York University, 1973, 79.
- Minow, Newton N., and Fred H. Cate. "Who Is an Impartial Juror in an Age of Mass Media?" (1991), 40 *American Univ. L. Rev.* 631.
- Nova Scotia. Royal Commission on the Springhill Mine Explosion. *Report of the Royal Commission Appointed to Inquire into the Explosion and Fire in No. 4 Mine at Springhill, N.S. on the 1st Day of November, 1956*. Halifax: Queen's Printer, 1957.
- Nova Scotia. Royal Commission on the Upheaval or Fall in No. 2 Mine, Springhill. *Report of the Royal Commission Appointed to Inquire into the Upheaval or Fall or other Disturbance Sometimes Referred to as a Bump in No. 2 Mine at Springhill, in the County of Cumberland, Province of Nova Scotia, Operated by the Cumberland Railway and Coal Company, on the*
- Cameron, James M. *The Pictonian Colliers*. Halifax: Nova Scotia Museum, 1974.
- Cameron, Jamie. «Comment: The Constitutional Domestication of our Courts — Openness and Publicity in Judicial Proceedings under the Charter». In Philip Anisman and Allen M. Linden, eds., *The Media, the Courts and the Charter*. Toronto: Carswell, 1986, 331.
- Canada. Commission d'enquête. *Rapport de la commission d'enquête sur l'explosion au charbonnage n° 26 de Glace Bay, Nouvelle-Écosse, le 24 février 1979*. R. H. Elfstrom, commissaire. Ottawa: La Commission, 1980.
- Canada. Commission of Inquiry. *Report to the Minister of Labour in the Matter of an Inquiry under Section 86 of the Canada Labour Code Concerning a Fire on June 19, 1975 in the No. 26 Colliery at Glace Bay, Nova Scotia*. Keith E. Eaton, Commissioner. Halifax: The Commission, 1976.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 17. *Droit administratif: les commissions d'enquête*. Ottawa: La Commission, 1977.
- Canada, Department of Labour, Mine Safety Office, and Nova Scotia, Department of Mines and Energy. *Report of Investigation into Mine Rescue Operations at No. 26 Colliery Fire on April 5, 1984*.
- Grange, S. G. M. «How Should Lawyers and the Legal Profession Adapt?» In A. Paul Pross, Innis Christie and John A. Yogis, eds., *Commissions of Inquiry* (1990), 12 *Dalhousie L.J.* 151.
- Hoegg Ryan, Judith. *Coal in Our Blood*. Halifax: Formac, 1992.
- Le Dain, Gerald E. «The Role of the Public Inquiry in our Constitutional System». In Jacob S. Ziegel, ed., *Law and Social Change*. Toronto: Osgoode Hall Law School, York University, 1973, 79.
- Minow, Newton N., and Fred H. Cate. «Who Is an Impartial Juror in an Age of Mass Media?» (1991), 40 *American Univ. L. Rev.* 631.
- Nova Scotia. Royal Commission on the Springhill Mine Explosion. *Report of the Royal Commission Appointed to Inquire into the Explosion and Fire in No. 4 Mine at Springhill, N.S. on the 1st Day of November, 1956*. Halifax: Queen's Printer, 1957.
- Nova Scotia. Royal Commission on the Upheaval or Fall in No. 2 Mine, Springhill. *Report of the Royal Commission Appointed to Inquire into the Upheaval or Fall or other Disturbance Sometimes Referred to as a Bump in No. 2 Mine at Springhill, in the County of Cumberland, Province of Nova Scotia, Operated by*

23rd Day of October, A.D. 1958. Halifax: Province of Nova Scotia, 1958.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Public Inquiries.* Toronto: The Commission, 1992.

Ratushny, Ed. "The Role of the Accused in the Criminal Process". In Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989, 451.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1993), 117 N.S.R. (2d) 218, 100 D.L.R. (4th) 79, allowing an appeal from a judgment of Glube C.J.T.D (1992), 116 N.S.R. (2d) 34. Appeal allowed.

Raymond F. Larkin, Q.C., Dianne Pothier and David Roberts, for the appellant United Steelworkers of America.

John P. Merrick, Q.C., for the appellant the Honourable Justice K. Peter Richard.

No one appearing for the respondent Gerald Phillips.

Robert Wright, Q.C., for the respondent Roger Parry.

Robert L. Barnes, for the respondents, Glyn Jones, Arnold Smith, Robert Parry, Brian Palmer and Kevin Atherton.

Reinhold Endres and Louise Walsh Poirier, for the respondent the Attorney General of Nova Scotia.

Brian J. Hebert, for the respondent Westray Families' Group.

Roseanne Skoke, for the respondent Town of Stellarton.

Jay L. Naster, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Monique Rousseau and Gilles Laporte, for the intervener the Attorney General of Quebec.

the Cumberland Railway and Coal Company, on the 23rd Day of October, A.D. 1958. Halifax: Province of Nova Scotia, 1958.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Public Inquiries.* Toronto: The Commission, 1992.

Ratushny, Ed. «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle». Dans Gérald-A. Beaudoin et Ed Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 505.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1993), 117 N.S.R. (2d) 218, 100 D.L.R. (4th) 79, qui a accueilli un appel formé contre une décision du juge en chef Glube (1992), 116 N.S.R. (2d) 34. Pourvoi accueilli.

Raymond F. Larkin, c.r., Dianne Pothier et David Roberts, pour l'appellant les Métallurgistes unis d'Amérique.

John P. Merrick, c.r., pour l'appellant l'honorable juge K. Peter Richard.

Personne n'a comparu pour l'intimé Gerald Phillips.

Robert Wright, c.r., pour l'intimé Roger Parry.

Robert L. Barnes, pour les intimés, Glyn Jones, Arnold Smith, Robert Parry, Brian Palmer et Kevin Atherton.

Reinhold Endres et Louise Walsh Poirier, pour l'intimé le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Brian J. Hebert, pour l'intimé le Groupe des familles de Westray.

Roseanne Skoke, pour l'intimée la ville de Stellarton.

Jay L. Naster, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Monique Rousseau et Gilles Laporte, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Marva J. Smith, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

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

Ross MacNab, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by

Marva J. Smith, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

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

Ross MacNab, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier et McLachlin rendu par

1 SOPINKA J. — I have read the reasons of Justice Cory and agree that this appeal should be allowed, but I would do so on the ground that the foundation upon which the Court of Appeal based the stay of the Westray Inquiry has disappeared in that the respondents Phillips and Parry have elected to be tried by a judge alone and the Crown is proceeding with the trial before a judge alone.

2 The issues raised in this appeal were the following:

1. whether the stay of the Westray Inquiry which was ordered by the Court of Appeal should be maintained; and
2. whether the respondents Phillips and Parry are compellable as witnesses at the Inquiry.

The Stay of Proceedings

3 These issues raise constitutional questions relating to ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

4 The appeal before the Court of Appeal and in this Court was argued on the assumption that the criminal trial would be tried by a judge and jury. After the argument in this Court the respondents Phillips and Parry elected trial by judge alone. The trial has commenced and the Crown is in the midst of leading evidence. The Court of Appeal decided that Phillips and Parry were not compellable but nevertheless the publicity that would likely be generated by conduct of a public inquiry would result in the infringement of the s. 7 *Charter* rights of the individuals charged by reason of its effect on

LE JUGE SOPINKA — J'ai lu les motifs du juge Cory. Je suis d'avis comme lui d'accueillir le pourvoi, mais pour le motif que le fondement de la suspension de l'enquête Westray prononcée par la Cour d'appel est disparu depuis que les intimés Phillips et Parry ont choisi d'être jugés par un juge seul et que le ministère public a ouvert le procès devant un juge seul.

Les questions soulevées dans le présent pourvoi étaient les suivantes:

1. Y a-t-il lieu de maintenir la suspension de l'enquête Westray ordonnée par la Cour d'appel?
2. Les intimés Phillips et Parry sont-ils des témoins contraignables à l'enquête?

La suspension des audiences

Ces questions soulèvent des questions constitutionnelles qui touchent l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Devant la Cour d'appel et notre Cour, les parties ont plaidé le pourvoi en présumant que le procès criminel serait instruit par un juge et un jury. Après les plaidoiries devant notre Cour, les intimés Phillips et Parry ont opté pour un procès devant un juge seul. Ce procès est en cours et le ministère public présente actuellement sa preuve. La Cour d'appel a décidé que Phillips et Parry n'étaient pas contraignables, mais que néanmoins, en raison de son effet sur les jurés, la publicité qui accompagnerait probablement la tenue d'une enquête publique était susceptible de causer une atteinte aux droits

jurors. There is nothing in the record to support the view that the anticipated publicity would have any effect on a trial judge so as to support a stay.

It is, therefore, unnecessary and undesirable to decide this case on a basis that has disappeared. My colleague Justice Cory aptly summarizes the appeal as presented to this Court as follows at p. 160:

On this appeal, the bulk of the argument regarding a potential breach of s. 11(d) dealt with the alleged prejudice the two accused would suffer if the inquiry hearings are held prior to or concurrently with their trials. Although objections were taken to the holding of any public hearings, it is clear that it is not the hearings themselves, but rather the publication of evidence given at those hearings which probably will be read by potential jurors in the subsequent criminal trials which the accused find objectionable. The Court of Appeal did not feel that it would be possible or practical to conduct the hearings with anything short of full and unrestricted publicity. I disagree with this view. Nonetheless, in order to assess the merits of the s. 11(d) claims, it is necessary to consider the effects which unrestricted public hearings would have upon the rights of the two accused to a fair trial by jury.

This Court has said on numerous occasions that it should not decide issues of law that are not necessary to a resolution of an appeal. This is particularly true with respect to constitutional issues and the principle applies with even greater emphasis in circumstances in which the foundation upon which the proceedings were launched has ceased to exist.

In *Attorney General of Quebec v. Cumming*, [1978] 2 S.C.R. 605, an issue arose concerning the interpretation of the word "divorce" in the Quebec *Civil Code* and whether an award of alimony should have been made. Another issue which arose concerned the constitutionality of the provincial legislation in terms of division of powers. Pigeon J., for the Court, held at pp. 610-11:

Having come to the conclusion that the word "divorce" in the new art. 212 of the *Civil Code* means a divorce granted by a court and does not refer to a disso-

que l'art. 7 de la *Charte* garantit aux inculpés. Or, aucun élément au dossier ne permet d'affirmer que la publicité prévue aurait sur un juge un effet qui justifie la suspension.

Il n'est donc pas nécessaire ni souhaitable de trancher le présent pourvoi sur la base d'un motif qui est disparu. Mon collègue le juge Cory, à la p. 160, résume avec justesse le pourvoi dont notre Cour est saisie:

Dans le présent pourvoi, les arguments relatifs à la violation possible de l'al. 11d) portent pour l'essentiel sur le préjudice allégué que subiraient les deux accusés si les audiences de l'enquête avaient lieu avant leur procès ou en même temps que celui-ci. Quoiqu'ils se soient opposés à la tenue de quelque audience publique que ce soit, il est clair que ce n'est pas aux audiences elles-mêmes que les accusés trouvent à redire, mais plutôt à la publication des témoignages faits durant celles-ci, qui seront probablement lus par les futurs jurés appelés à juger les procès criminels. De l'avis de la Cour d'appel, il n'était pas possible ni pratique de tenir les audiences sans publicité intégrale et libre de toute entrave. Je ne partage pas son avis. Néanmoins, pour évaluer le bien-fondé des arguments qui reposent sur l'al. 11d), il est nécessaire de prendre en considération les effets que des audiences publiques libres d'entrave auraient sur le droit des deux accusés à un procès équitable avec jury.

Notre Cour a dit à maintes reprises qu'elle ne devait pas se prononcer sur des points de droit lorsqu'il n'est pas nécessaire de le faire pour régler un pourvoi. Cela est particulièrement vrai quand il s'agit de questions constitutionnelles et le principe s'applique avec encore plus de force si le fondement de la procédure qui a été engagée a cessé d'exister.

Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Cumming*, [1978] 2 R.C.S. 605, la question portait sur l'interprétation du mot «divorce» employé dans le *Code civil* du Québec et sur le versement d'une pension alimentaire. En outre, la constitutionnalité de la loi provinciale sur le plan du partage des pouvoirs était contestée. Au nom de la Cour, le juge Pigeon a conclu aux pp. 610 et 611:

En étant venu à la conclusion qu'au nouvel art. 212 du *Code civil*, le mot «divorce» signifie un divorce prononcé par un tribunal et ne vise pas une dissolution de

5

6

7

lution of marriage granted by private Act, it is unnecessary to consider the other reason, which found favour with some of the judges of the Court of Appeal . . .

Save in exceptional circumstances, it is not desirable to express an opinion on a question of law which it is not necessary to decide in order to dispose of the case at hand, especially when it is a constitutional question. [Emphasis added.]

mariage prononcée par une loi spéciale, il n'est pas nécessaire d'étudier l'autre motif qui a été retenu par certains juges de la Cour d'appel. . .

Sauf dans des circonstances exceptionnelles, il n'est pas à propos de statuer sur des questions de droit qu'il n'est pas nécessaire de trancher pour juger le litige, à plus forte raison, lorsqu'il s'agit d'un problème constitutionnel. [Je souligne.]

8 In *The Queen in Right of Manitoba v. Air Canada*, [1980] 2 S.C.R. 303, this Court considered the constitutionality of the Manitoba *Retail Sales Tax Act* as it applied to tax Air Canada on overflights through Manitoba air space. Laskin C.J. held that the Act was *ultra vires*. He then stated at p. 320:

In view of this conclusion, I find it unnecessary to deal with the question whether the tax (even on the assumption that it is within the Province) is a direct tax. Although the Court ordered a rehearing with particular reference to this question, I think it preferable to avoid dealing with it, in conformity with the general rule in constitutional cases not to engage issues which do not squarely arise for decision. [Emphasis added.]

Dans l'arrêt *La Reine du chef du Manitoba c. Air Canada*, [1980] 2 R.C.S. 303, notre Cour a examiné la constitutionnalité de la *Retail Sales Tax Act* du Manitoba en ce qui concerne les obligations fiscales d'Air Canada pour les vols qui traversent l'espace aérien au-dessus du territoire manitobain. Le juge en chef Laskin a conclu que la Loi était *ultra vires*. Il a ajouté ceci, à la p. 320:

Compte tenu de cette conclusion, j'estime inutile d'examiner la question de savoir s'il s'agit d'une taxe directe (à supposer qu'elle soit dans les limites de la province). Bien que la Cour ait ordonné une nouvelle audition avec mention particulière de ce point, je crois préférable d'éviter d'en traiter, conformément à la règle générale en matière constitutionnelle de ne pas engager un débat qui n'est pas carrément nécessaire pour en arriver à une décision. [Je souligne.]

9 The policy which dictates restraint in constitutional cases is sound. It is based on the realization that unnecessary constitutional pronouncements may prejudice future cases, the implications of which have not been foreseen. Early in this century, Viscount Haldane in *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330, at p. 339, stated that the abstract logical definition of the scope of constitutional provisions is not only "impracticable, but is certain, if attempted, to cause embarrassment and possible injustice in future cases".

La règle de conduite qui dicte la retenue dans les affaires constitutionnelle est sensée. Elle repose sur l'idée que toute déclaration inutile sur un point de droit constitutionnel risque de causer à des affaires à venir un préjudice dont les conséquences n'ont pas été prévues. Au début du siècle, le vicomte Haldane a dit, dans l'arrêt *John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330, à la p. 339, que définir logiquement, dans l'abstrait, la portée de dispositions constitutionnelles non seulement était [TRANSDUCTION] «irréalisable, mais encore créerait sans aucun doute des embarras et peut-être une injustice dans les affaires à venir».

10 This is a practice that has been generally followed by this Court before and since the *Charter*. In *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] S.C.R. 887, Taschereau J. (as he then was) stated, at p. 915:

C'est la pratique qui a généralement été suivie par notre Cour avant l'entrée en vigueur de la *Charte* et depuis lors. Dans l'arrêt *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887, le juge Taschereau (plus tard Juge en chef) a dit, à la p. 915:

As the present appeal is not a reference, this Court should not, I think, be called upon to answer questions which are not essential for the determination of the case.

In *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, Estey J. stated, at p. 383:

The development of the *Charter*, as it takes its place in our constitutional law, must necessarily be a careful process. Where issues do not compel commentary on these new *Charter* provisions, none should be undertaken.

This practice applies, *a fortiori*, when the substratum on which the case was based ceases to exist. The court is then required to opine on a hypothetical situation and not a real controversy. This engages the doctrine of mootness pursuant to which the court will decline to exercise its discretion to rule on moot questions unless, *inter alia*, there is a pressing issue which will be evasive of review. See *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342. The practice applies notwithstanding that the appeal has been argued on the basis which has disappeared. Accordingly, in *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530, the Court was advised, in the middle of argument, that the appellant, who was appealing an order enjoining her from having an abortion, had proceeded with an abortion. The Court felt constrained to deal with legal issues with respect to the propriety of granting an injunction in the circumstances. It did so because the nature of the issue was such that it would be difficult or impossible for another woman in the same predicament to obtain a decision of this Court in time. The Court, however, declined to deal with the issue of fetal rights under s. 7 of the *Charter* and stated, at pp. 571-72:

As we have indicated, the Court decided in its discretion to continue the hearing of this appeal although it was moot, in order to resolve the important legal issue raised so that the situation of women in the position in which Ms. Daigle found herself could be clarified. It would, however, be quite a different matter to explore further legal issues which need not be examined in order to achieve that objective. The jurisprudence of this

[TRADUCTION] Comme le présent pourvoi n'est pas un renvoi, notre Cour ne doit pas, à mon avis, répondre à des questions qu'il n'est pas essentiel de trancher pour juger le litige.

Dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, le juge Estey a dit, à la p. 383:

L'évolution de la *Charte* dans notre droit constitutionnel doit nécessairement se faire avec prudence. Lorsque les questions soulevées n'exigent pas de commentaires sur ces nouvelles dispositions de la *Charte*, il vaut mieux ne pas en faire.

Cette pratique s'applique à plus forte raison quand le fondement de la cause a cessé d'exister. En pareil cas, notre Cour doit se prononcer sur une situation hypothétique et non sur un litige réel. Entre alors en jeu la théorie du caractère théorique, en vertu de laquelle un tribunal refuse d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher des questions théoriques, sauf si, entre autres, il s'agit d'une question urgente susceptible de ne jamais être soumise aux tribunaux. Voir l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342. La pratique s'applique en dépit du fait que le pourvoi a été plaidé sur le fondement qui n'existe plus. Ainsi, dans l'arrêt *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, notre Cour a appris durant l'audience que l'appelante, qui en appelait d'une ordonnance lui interdisant de se faire avorter, avait obtenu un avortement. La Cour s'est sentie obligée d'examiner les questions juridiques concernant l'opportunité d'accorder une injonction en pareille situation, parce qu'étant donné la nature de la question litigieuse, il serait difficile ou impossible pour une autre femme dans cette situation délicate d'obtenir à temps une décision de notre Cour. La Cour a toutefois refusé de trancher la question du droit du fœtus à la protection de l'art. 7 de la *Charte*, et a dit, aux pp. 571 et 572:

Comme nous l'avons souligné, la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire de poursuivre l'audition du pourvoi bien qu'il fût devenu théorique, afin de résoudre l'importante question juridique qu'il soulevait et donner ainsi des éclaircissements sur la situation des femmes se trouvant à faire face aux difficultés rencontrées par M^{me} Daigle. Ce serait tout autre chose cependant de traiter d'autres questions juridiques qu'il n'est pas

11

12

Court indicates that unnecessary constitutional pronouncement should be avoided: *Morgentaler (No. 2)*, [[1988] 1 S.C.R. 30], at p. 51; *Borowski*, [[1989] 1 S.C.R. 342]; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (P.C.), at p. 339; *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] S.C.R. 887, at p. 915. [Emphasis added.]

nécessaire d'aborder pour atteindre cet objectif. La jurisprudence de notre Cour indique qu'il convient d'éviter en matière constitutionnelle toute déclaration inutile: *Morgentaler (n° 2)*, [[1988] 1 R.C.S. 30], à la p. 51; *Borowski*, [[1989] 1 R.C.S. 342]; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (C.P.), à la p. 339; *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887, à la p. 915. [Je souligne.]

13 In *Borowski*, although the appeal was fully argued on the merits in the Court of Appeal and in this Court, it was dismissed on the ground of mootness. I cannot, therefore, agree with my colleague Cory J. that the fact that the case was fully argued in the Nova Scotia Court of Appeal and in this Court is sufficient to warrant deciding difficult *Charter* issues and laying down guidelines with respect to future public inquiries simply because to do so might be "helpful".

Dans l'arrêt *Borowski*, bien que le pourvoi ait été pleinement plaidé au fond devant la Cour d'appel et devant notre Cour, il a été rejeté en raison de son caractère théorique. Je ne saurais donc partager l'avis de mon collègue le juge Cory selon lequel le fait que la question a été longuement débattue devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et devant notre Cour est suffisant pour justifier la décision de trancher des questions difficiles concernant la *Charte* et d'établir des lignes directrices relatives à la tenue d'enquêtes publiques futures parce que cela pourrait être «utile».

Compellability

La contraignabilité

14 The issue of compellability was raised in the court below as one aspect of the prejudice arising from the effect of extreme publicity on a jury trying the criminal charges. Accordingly, what I have said above applies equally to this issue. In addition, however, there are further reasons why this issue should not be addressed. In view of the circumstances to which I have referred above, the issue of compellability is premature. Since the argument of this appeal, this Court has decided the cases of *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, and *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3. A new test has emerged with respect to compellability and subsequent use protection of compelled testimony. The application of these principles may very well be affected by the circumstances in which the respondents are compelled. It would be unlikely that the Commissioner would try to compel the respondents Phillips and Parry while the trial is in progress, but if this occurred, for example at a point at which the defence was at a crucial stage in its case, it might be a material factor in determining the purpose of the compelled testimony. On the other hand, if the respondents are sought to be compelled after the

La question de la contraignabilité a été soulevée devant la juridiction inférieure sous l'angle du préjudice découlant de l'effet d'une publicité excessive sur un jury appelé à juger les accusés. Par conséquent, ce que j'ai dit précédemment vaut aussi pour cette question. Toutefois, la décision de ne pas aborder cette question repose aussi sur d'autres motifs. Vu les circonstances que j'ai déjà citées, la question de la contraignabilité est prématurée. Depuis que le présent pourvoi a été débattu, notre Cour a statué sur les pourvois *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, et *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3. Un nouveau critère a été énoncé à l'égard de la contraignabilité et de la protection contre l'utilisation ultérieure du témoignage fait sous la contrainte. L'application de ces principes peut très bien dépendre des circonstances dans lesquelles les intimés sont contraints. Il est peu vraisemblable que le commissaire essaie de contraindre les intimés Phillips et Parry pendant que le procès est en cours, mais s'il le faisait, par exemple à une étape cruciale de la présentation de la défense, cela pourrait être un facteur important dans la détermination du but dans lequel ils auraient été ainsi con-

trial is completed, their claim to a privilege against incrimination may be tenuous or non-existent because the case against them will have been resolved by either acquittal or conviction. At the very least the fact that the proceedings which arise out of the subject matter of the testimony of the respondents have been resolved would be a factor in assessing whether the purpose in compelling their testimony at the inquiry is to secure incriminating discovery from them.

Accordingly, I would dispose of the appeal as proposed by Cory J. but on the basis that there is no foundation for a stay of the Westray Inquiry in view of the nature of the criminal proceedings.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This case raises two principal issues. First, this Court must determine whether proceeding with the public inquiry into the Westray Coal Mine explosion (the "Inquiry") and compelling the individual respondents to testify at that Inquiry infringes or is likely to infringe the right to silence or the right against self-incrimination under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* of one or more of the individual respondents. Second, this Court must determine whether proceeding with the Inquiry infringes or is likely to infringe the right to a fair trial under s. 11(d) of the *Charter* of one or more of the individual respondents. In addition, if either of these two questions is answered in the affirmative, this Court must determine the appropriate remedy for the apprehended or actual *Charter* breach.

I have read the reasons of my colleague Justice Cory. I agree that the appeal should be allowed and that the stay of the public hearings of the Inquiry should be set aside. However, I do not entirely agree with my colleague's reasons to this effect.

traints. En revanche, si les intimés étaient forcés de témoigner après le procès, leur prétention au privilège contre l'auto-incrimination pourrait être tenue ou inexistante, parce que les charges pesant contre eux auraient donné lieu soit à un acquittement, soit à une déclaration de culpabilité. À tout le moins, le fait que les procédures faisant l'objet de leur témoignage auraient connu leur issue serait un facteur dont le tribunal tiendrait compte pour décider si le but de les contraindre de témoigner à l'enquête était de leur soutirer des éléments de preuve incriminants.

En conséquence, je suis d'avis de statuer sur le pourvoi comme le propose le juge Cory, mais pour le motif que la suspension de l'enquête Westray ne repose sur aucun fondement, vu la nature des procédures criminelles.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Ce pourvoi soulève deux questions principales. Premièrement, notre Cour doit déterminer si le fait de mener une enquête publique sur l'explosion survenue dans la mine de charbon Westray (l'«enquête») et de contraindre les individus intimés à y témoigner porte, ou est susceptible de porter, atteinte à leurs droits de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Deuxièmement, notre Cour doit déterminer si l'enquête porte, ou est susceptible de porter, atteinte au droit de l'un ou l'autre des individus intimés à un procès équitable garanti par l'al. 11d) de la *Charte*. Si elle répond par l'affirmative à l'une ou l'autre de ces deux questions, notre Cour doit, en outre, décider de la réparation qui convient en cas de violation réelle ou appréhendée de la *Charte*.

J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Cory. Je suis, comme lui, d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler la suspension des audiences publiques de l'enquête. Je ne suis cependant pas tout à fait d'accord avec les motifs sur lesquels mon collègue appuie cette conclusion.

15

16

17

I. Facts and Procedural Background

18 As my colleague Cory J. has set forth the facts and procedural background of this case in his reasons, it is not necessary for me to review them at length. For ease of reference, however, I will briefly summarize the facts and proceedings in this case.

A. *Facts*

19 On May 9, 1992, an underground explosion occurred at the Westray Coal Mine, resulting in the death of 26 men. In response to this tragedy, the Nova Scotia government established a public inquiry by Order in Council No. 92-504 to

inquire into, report findings, and make recommendations to the Governor in Council and the people of Nova Scotia respecting:

- (a) the occurrence, on Saturday, the 9th day of May, A.D., 1992, which resulted in the loss of life in the Westray Mine at Plymouth, in the County of Pictou;
- (b) whether the occurrence was or was not preventable;
- (c) whether any neglect caused or contributed to the occurrence;
- (d) whether there was any defect in or about the Mine or the modes of working the Mine;
- (e) whether the Mine and its operations were in keeping with the known geological structures or formations in the area;
- (f) whether there was compliance with applicable statutes, regulations, orders, rules, or directions; and
- (g) all other matters related to the establishment and operation of the Mine which the Commissioner considers relevant to the occurrence

Justice K. Peter Richard (the "Commissioner") was appointed a Commissioner under the *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, c. 372, and a Special Examiner under the *Coal Mines Regulation Act*, R.S.N.S. 1989, c. 73, and charged with conducting the Inquiry.

I. Les faits et les procédures

Mon collègue le juge Cory a relaté l'histoire des faits et des procédures si bien qu'il n'est pas nécessaire que je les reprenne au long. Toutefois, par souci de commodité, je vais les résumer brièvement.

A. *Les faits*

Le 9 mai 1992, une explosion souterraine se produit dans la mine de charbon Westray, entraînant la mort de 26 hommes. Devant cette tragédie, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse institue une enquête publique habilitant le commissaire, conformément au décret n° 92-504,

[TRADUCTION] à enquêter, à faire rapport de ses conclusions et à présenter des recommandations au gouverneur en conseil et à la population de la Nouvelle-Écosse sur ce qui suit:

- a) les faits survenus le samedi 9 mai 1992 qui ont entraîné des pertes de vie à la mine Westray à Plymouth, comté de Pictou;
- b) si ces faits auraient pu être évités;
- c) si la négligence a pu causer ces faits ou y contribuer;
- d) s'il y avait quelque défaut dans la mine ou dans son mode d'exploitation;
- e) si la mine et son fonctionnement s'accordaient avec les formations ou la structure des couches géologiques connues de la région;
- f) si les lois, règlements, arrêtés, règles ou directives applicables ont été respectés;
- g) toutes autres questions concernant l'établissement et l'exploitation de la mine que le commissaire estime pertinentes par rapport aux faits survenus

Le juge K. Peter Richard (le «commissaire») est nommé commissaire conformément à la *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 372, et enquêteur spécial sous le régime de la *Coal Mines Regulation Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 73, et est chargé de mener l'enquête.

The individual respondents (hereinafter collectively referred to as the "respondent managers") were all employed by Westray Coal, a division of Curragh Resources Inc., and held managerial or supervisory positions. On October 5, 1992, the respondents Gerald Phillips, Roger Parry, Glyn Jones and Robert Parry, along with the mine owner (Curragh Resources Inc.), were charged with a total of 52 violations of the *Occupational Health and Safety Act*, R.S.N.S. 1989, c. 320. These charges have all since been stayed.

On April 20, 1993, criminal charges were laid against the respondents Roger Parry and Gerald Phillips, along with Curragh Resources Inc. At the time of these charges, the RCMP indicated that no further charges were contemplated.

When this appeal was heard before us, the trial of Roger Parry and Gerald Phillips had not yet begun. These two respondents had elected or were deemed to have elected, however, to be tried before a judge and jury. Since then, they have changed their election and their trial has now begun before a judge alone at the Supreme Court of Nova Scotia.

B. *Proceedings*

On September 24, 1992, the respondent managers applied to the Supreme Court of Nova Scotia, Trial Division for a declaration that the Order in Council establishing the Inquiry was *ultra vires* the province and that it infringed their rights under the *Charter*. They also applied for an injunction to prevent the Inquiry from proceeding.

Glube C.J.T.D. of the Supreme Court of Nova Scotia heard the respondent managers' application and concluded ((1992), 116 N.S.R. (2d) 34) that the Order in Council was in fact *ultra vires* the provincial government. Glube C.J.T.D. therefore did not rule on the *Charter* arguments, dismissing them as moot.

Les individus intimés (ci-après appelés les «directeurs intimés») étaient tous des employés de Westray Coal, division de Curragh Resources Inc., et occupaient des postes de direction ou de surveillance. Le 5 octobre 1992, les intimés Gerald Phillips, Roger Parry, Glyn Jones et Robert Parry, de même que la propriétaire de la mine (Curragh Resources Inc.), sont inculpés de 52 infractions à l'*Occupational Health and Safety Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 320. Ces poursuites ont toutes été arrêtées depuis.

Le 20 avril 1993, des accusations criminelles sont portées contre les intimés Roger Parry et Gerald Phillips et contre Curragh Resources Inc. Au moment du dépôt des actes d'accusation, la GRC annonce qu'elle n'envisage porter aucune autre accusation.

Lorsque notre Cour a entendu cet appel, le procès de Roger Parry et de Gerald Phillips n'avait pas encore débuté. Ces derniers avaient cependant choisi d'être jugés par un juge et un jury ou étaient réputés avoir fait un tel choix. Ils ont depuis changé d'avis et leur procès s'est ouvert devant un juge seul siégeant à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse.

B. *Les procédures*

Le 24 septembre 1992, les directeurs intimés ont demandé à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section de première instance, de déclarer, d'une part, que le décret en vertu duquel l'enquête a été instituée excédait la compétence de la province et, d'autre part, qu'il violait leurs droits garantis par la *Charte*. Ils ont également cherché à obtenir une injonction afin d'empêcher la tenue de l'enquête.

Le juge en chef Glube de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section de première instance, a procédé à l'audition de la requête des directeurs intimés et a conclu ((1992), 116 N.S.R. (2d) 34) que le décret était *ultra vires* du gouvernement provincial. Elle ne s'est donc pas prononcée sur les arguments relatifs à la *Charte* et les a rejetés pour le motif qu'ils étaient devenus théoriques.

20

21

22

23

24

25 The appellants appealed to the Nova Scotia Court of Appeal ((1993), 117 N.S.R. (2d) 218). The respondent managers filed a notice of contention with respect to the alleged violation of the *Charter*. On January 13, 1993, the Court of Appeal overturned Glube C.J.T.D.'s finding that the Order in Council was *ultra vires*. However, the Court of Appeal also found that to proceed with the Inquiry would infringe or pose a threat to the s. 7 and s. 11(d) *Charter* rights of those respondent managers charged with offences arising out of the events of the explosion. The Court of Appeal, therefore, ordered that the public hearings of the Inquiry be stayed until the completion of the trials of charges under the *Occupational Health and Safety Act*, as well as of any criminal charges. In addition, the Court of Appeal noted, at p. 240, that, according to the *Charter*, the respondent managers could not "be compelled to testify before Justice Richard respecting their involvement in the operation of the Mine in the period leading up to the explosion so long as the charges against them under the *Occupational Health and Safety Act* [were] alive and the criminal investigation . . . ongoing".

Les appelants ont interjeté appel devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse ((1993), 117 N.S.R. (2d) 218). Les directeurs intimés ont déposé un avis de contestation relativement à la violation alléguée de la *Charte*. Le 13 janvier 1993, la Cour d'appel a infirmé le jugement du juge en chef Glube selon lequel le décret était *ultra vires*. Toutefois, elle a conclu que l'enquête porterait atteinte ou risquerait de porter atteinte aux droits garantis par l'art. 7 et par l'al. 11d) aux directeurs intimés inculpés d'infractions par suite de l'explosion. La Cour d'appel a donc ordonné la suspension des audiences publiques de l'enquête jusqu'à la fin des procès concernant les infractions à l'*Occupational Health and Safety Act* ou toute accusation criminelle. De plus, elle a indiqué, à la p. 240, qu'il est interdit par la *Charte* de contraindre les directeurs intimés [TRADUCTION] «à témoigner devant le juge Richard au sujet de leur participation à l'exploitation de la mine durant la période qui a précédé l'explosion, tant que les accusations portées contre eux en vertu de l'*Occupational Health and Safety Act* sont en instance et que l'enquête criminelle est en cours».

26 It is from this decision that the appellants appeal to this Court. This appeal only concerns the *Charter* issue since the respondent managers were denied leave to cross-appeal on the issue of whether the Order in Council setting out the terms of reference of the Inquiry was *ultra vires* the province.

C'est de cette décision que les appelants ont interjeté appel devant notre Cour. Ce pourvoi ne concerne que la question relative à la *Charte*, puisque l'autorisation de former un pourvoi incident sur la question de la constitutionnalité du décret énonçant le mandat de l'enquête a été refusée.

II. Analysis

II. Analyse

A. *Section 7*

A. *L'article 7*

27 This question concerns whether or not the respondent managers can be compelled to testify at the Inquiry and whether or not compelling them to do so is consistent, to the extent that they are or may be charged with criminal or other offences arising out of the explosion at the Westray Mine, with s. 7 of the *Charter*. In answering this question, my colleague Cory J. relies on both Iacobucci J.'s reasons in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, and Sopinka and Iacobucci JJ.'s joint reasons in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, and concludes that the

Il s'agit de déterminer si les directeurs intimés peuvent être contraints à témoigner à l'enquête et si leur témoignage ainsi obtenu est conforme à l'art. 7 de la *Charte*, dans la mesure où ils sont ou peuvent être inculpés d'infractions criminelles ou d'autres infractions par suite de l'explosion dans la mine Westray. Afin de répondre à cette question, mon collègue le juge Cory s'appuie sur les motifs du juge Iacobucci dans l'arrêt *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, et sur les motifs conjoints des juges Sopinka et Iacobucci dans l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*,

respondent managers can be compelled to testify at the Inquiry. While I agree that the respondent managers are compellable, I do not share Cory J.'s reasons to this effect. Instead, I refer to my concurring reasons in *S. (R.J.)* which dealt with a similar issue.

The main issue in *S. (R.J.)* concerned whether a person, charged separately with an offence, could be compelled to testify as a witness in the criminal trial of another person charged with an offence arising out of the same set of circumstances. Iacobucci J. adopted a broad interpretation of the principle against self-incrimination contained in s. 7 of the *Charter* which led him to conclude that while an accused could, as a general rule, be compelled to testify at such a parallel proceeding, neither the resulting testimony nor a class of evidence derived from that testimony ("derivative evidence") could later be used to incriminate the accused in other proceedings (save for proceedings in respect of perjury or for the giving of contradictory evidence). I agreed with my colleague that an accused could generally be compelled to testify at a parallel proceeding and that the resulting testimony could not later be used to incriminate the accused in other proceedings. However, having adopted a narrower view of the principle against self-incrimination, encompassing only self-incrimination that is communicative in character, I found, at pp. 599-600, that derivative evidence could be used to incriminate the accused in other proceedings:

... the "but for" test [derivative evidence immunity test] advocated by Iacobucci J. is potentially over-inclusive as a test for the self-incriminatory nature of evidence. Both the common law and the *Charter* draw a fundamental distinction between incriminating evidence and self-incriminating evidence: the former is evidence which tends to establish the accused's guilt, while the latter is evidence which tends to establish the accused's guilt by his own admission, or based upon his own communications. The s. 7 principle against self-incrimination that is fundamental to justice requires protection against the use of compelled evidence which tends to

[1995] 2 R.C.S. 3, et il conclut que les directeurs intimés peuvent être contraints à témoigner à l'enquête. Bien que je sois d'accord avec cette conclusion du juge Cory, je ne peux souscrire à ses motifs. Je me reporte plutôt aux motifs concordants que j'ai formulés dans l'arrêt *S. (R.J.)*, lequel traitait d'une question similaire.

Il s'agissait principalement, dans cette affaire, de déterminer si une personne inculpée séparément pouvait être contrainte à témoigner au procès criminel d'une autre personne inculpée d'une infraction résultant des mêmes circonstances. Le juge Iacobucci, adoptant une interprétation large du principe interdisant l'auto-incrimination prévu à l'art. 7 de la *Charte*, a conclu que bien qu'un accusé puisse, en règle générale, être contraint à témoigner au cours d'une telle poursuite parallèle, ni le témoignage qui en découle ni les éléments de preuve obtenus à partir de ce témoignage (la «preuve dérivée») ne pouvaient, par la suite, servir à l'incriminer dans d'autres poursuites (exception faite des poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires). J'ai souscrit à l'opinion de mon collègue voulant qu'un accusé puisse généralement être contraint de témoigner dans une poursuite parallèle et que le témoignage alors rendu ne puisse par la suite servir à l'incriminer dans d'autres poursuites. Toutefois, comme j'ai adopté une interprétation plus restrictive du principe interdisant l'auto-incrimination suivant laquelle l'interdiction ne porte que sur l'auto-incrimination de nature communicatrice, j'ai conclu, aux pp. 599 et 600, que la preuve dérivée pouvait être utilisée pour incriminer l'accusé dans une autre poursuite:

... le critère du «n'eût été» [immunité contre la preuve dérivée] préconisé par le juge Iacobucci risque d'avoir une portée excessive en tant que critère du caractère auto-incriminant de la preuve. Tant la common law que la *Charte* font une distinction fondamentale entre une preuve incriminante et une preuve auto-incriminante: la première est la preuve qui tend à établir la culpabilité de l'accusé, alors que la deuxième est la preuve qui tend à établir la culpabilité de l'accusé par suite de son propre aveu ou de sa propre déclaration. Le principe interdisant l'auto-incrimination visé à l'art. 7, qui est fondamental pour la justice, nécessite une protection contre l'utilisation de témoignages donnés sous la contrainte qui tendent à établir la culpabilité de l'accusé à partir de la

establish the accused's guilt on the basis of the latter grounds, but not the former. [Emphasis in original.]

deuxième catégorie et non de la première. [Souligné dans l'original.]

29

As well, in *S. (R.J.)*, I articulated a test based on the principle of fundamental fairness included in s. 7 of the *Charter* whereby, in exceptional circumstances, a witness could claim an exception from the general rule of compellability. Specifically, I stated at pp. 608-9 that:

En outre, dans *S. (R.J.)*, j'ai formulé un critère reposant sur le principe de justice fondamentale énoncé à l'art. 7 de la *Charte*, en vertu duquel un témoin pourrait, dans des circonstances extraordinaires, invoquer une exception à la règle générale de la contraignabilité. Plus précisément, j'ai indiqué ceci, aux pp. 608 et 609:

A witness may be entitled to claim an exception under s. 7 from the principle that the state is entitled to every person's evidence if it is established that the Crown is engaging in fundamentally unfair conduct. Attempts to by-pass the procedural safeguards that are intrinsic to the notions of dignity and individual liberty contained in the *Charter* and to our conception of fundamental trial fairness are fundamentally unfair conduct that violates the principles of fundamental justice. . . .

Un témoin peut être en droit de revendiquer, en vertu de l'art. 7, une exception au principe selon lequel l'État a droit au témoignage de quiconque s'il est établi que le ministère public adopte une conduite fondamentalement inéquitable. Les tentatives de contournement des garanties procédurales, qui sont intrinsèques aux notions de dignité et liberté de la personne dans la *Charte* et à notre conception de l'équité fondamentale du procès, constituent une conduite fondamentalement inéquitable qui viole les principes de justice fondamentale. . . .

Fundamentally unfair conduct will most frequently occur when the Crown is seeking, as its predominant purpose (rather than incidentally), to build or advance its case against that witness instead of acting in furtherance of those pressing and substantial purposes validly within the jurisdiction of the body compelling the testimony. The Crown will be predominantly advancing its case against the accused when, by calling the witness, it is engaging in a colourable attempt to obtain discovery from the accused and, at the same time, is not materially advancing its own valid purposes. Such action would bypass the safeguards to the dignity of the individual under the *Charter* and fundamentally undermine the integrity of the judicial system. The principles of fundamental justice under s. 7 do not allow the state to have a general power of interrogation, that is, to permit the state to pass a law requiring all suspected persons to answer pre-trial questions, even if such a law prevented later use of those statements at trial. [Emphasis added.]

La conduite fondamentalement inéquitable survient le plus souvent lorsque le ministère public cherche principalement (plutôt qu'accessoirement) à bâtir ou à faire avancer la constitution de sa preuve contre le témoin au lieu de poursuivre les objectifs pressants et réels qui relèvent valablement de la compétence de l'organisme qui contraint à témoigner. Le ministère public poursuit principalement la constitution de sa preuve contre le témoin lorsque, en assignant ce témoin, il tente de façon détournée à obtenir de lui des renseignements et, en même temps, ne poursuit pas substantiellement ses propres objectifs valides. Cette conduite fait fi des garanties de la *Charte* relatives à la dignité de la personne et porte fondamentalement atteinte à l'intégrité du système judiciaire. Les principes de justice fondamentale en vertu de l'art. 7 n'autorisent pas l'État à avoir un pouvoir général d'interrogation, c'est-à-dire, n'autorisent pas l'État à adopter une loi obligeant tous les suspects à répondre à des questions antérieurement au procès, même si cette loi interdisait l'utilisation ultérieure de ces déclarations au procès. [Je souligne.]

Accordingly, I found that if the state's actions in compelling a witness could be characterized as fundamentally unfair, as that term is defined above, compelling the witness to testify would be inconsistent with the principles of fundamental justice and an application for appropriate relief could be brought under s. 24(1) of the *Charter*. Such an application could be made, as I noted in *S. (R.J.)*, at two points: (a) when the witness is sub-

J'ai donc conclu que, s'il est possible de qualifier la conduite de l'État qui contraint un témoin de fondamentalement inéquitable, de la manière définie ci-dessus, cette contrainte serait incompatible avec les principes de justice fondamentale et pourrait donner lieu à une demande de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. Il serait possible de présenter une telle demande à deux stades, comme je l'ai indiqué dans l'arrêt *S. (R.J.)*:

poenaed (the “subpoena stage”); and (b) when the witness is tried (the “trial stage”). At the subpoena stage, if a violation of s. 7 is successfully made out, the appropriate remedy is to quash the subpoena. However, as I noted in *S. (R.J.)*, at pp. 610-11, a challenge at the subpoena stage to the validity of a subpoena is highly speculative and should only succeed in the clearest of cases:

As a practical matter, fundamentally unfair conduct may be quite difficult to establish at the subpoena stage, since the Crown’s real purpose may not be apparent at that point. Information that may establish this violation, such as particular colourable lines of questioning by the Crown at the accused’s trial, will only become available and properly appreciable at the trial stage.

Consequently, I emphasized at p. 612 that a compelled witness must also be permitted to allege a violation of s. 7 of the *Charter* at the trial stage:

At the trial stage, the court will essentially be asking itself whether, if what is now known had been known at the time the state sought to compel the witness, an exception would have been made to the general rule of compellability and the subpoena would have been quashed.

If fundamentally unfair conduct contrary to s. 7 of the *Charter* is demonstrated at the trial stage, the court may provide a remedy, pursuant to s. 24(1) of the *Charter*, which it considers appropriate and just in the circumstances, generally a stay of proceedings.

Applying these considerations to the present case, I note that nobody contested the fact that the Inquiry was established for a valid purpose. Furthermore, I note that there is no evidence that the respondent managers are being compelled for a colourable purpose. Consequently, I conclude that the respondent managers are compellable at the Inquiry and that this is fully consistent with the *Charter*. Their testimony at the Inquiry, however, cannot later be used to incriminate them in other

a) quand le témoin est assigné («étape du subpoena») et b) au procès du témoin («étape du procès»). Si le témoin établit, à l’étape du subpoena, qu’il y a eu violation de l’art. 7, la réparation qui convient est l’annulation du subpoena. Comme je l’ai signalé dans l’arrêt *S. (R.J.)*, aux pp. 610 et 611, la contestation de la validité d’un subpoena, à cette étape, est de nature hautement conjecturale et ne saurait réussir que dans les cas les plus manifestes:

Du point de vue pratique, il peut être assez difficile d’établir la conduite fondamentalement inéquitable à l’étape du subpoena, puisque le but réellement poursuivi par le ministère public peut ne pas être évident à ce moment. Certains renseignements qui permettraient de démontrer cette violation, tel un mode particulier d’interrogation détournée lors du procès de l’accusé, ne seront pas disponibles et ne pourront être correctement appréciés qu’à l’étape du procès du témoin.

Par conséquent, j’ai souligné, à la p. 612, le fait qu’un témoin contraint à témoigner doit avoir la possibilité d’alléguer, à l’étape du procès, qu’il y a eu violation de l’art. 7 de la *Charte*:

À l’étape du procès du témoin, le tribunal se posera essentiellement la question suivante: si ce que l’on sait maintenant avait été connu au moment où l’État cherchait à contraindre le témoin, une exception aurait-elle été faite à la règle générale de contraignabilité et le subpoena aurait-il été annulé?

S’il est démontré, à l’étape du procès du témoin, que la conduite du ministère public est fondamentalement inéquitable et contraire à l’art. 7 de la *Charte*, le tribunal peut, en application du par. 24(1), ordonner la réparation qu’il estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Il s’agira, de façon générale, d’un arrêt des procédures.

Appliquant ces principes à la présente affaire, je note que personne n’a mis en doute la validité de l’objectif de l’enquête. Je constate, en outre, qu’aucun élément de preuve n’indique que les directeurs intimés soient contraints à témoigner dans un but détourné. Par conséquent, je conclus que les directeurs intimés peuvent être contraints à témoigner à l’enquête et que ceci est tout à fait conforme à la *Charte*. Leur témoignage, toutefois, ne pourra être utilisé ultérieurement pour les incrimi-

proceedings (except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence), given that they will enjoy the protection of s. 13 of the *Charter*. Derivative evidence, on the other hand, will be admissible against them in other proceedings, provided its relevance can be independently established. This, of course, is subject to the added proviso that if the state engages in “fundamentally unfair” conduct, as that term is defined above, vis-à-vis the respondent managers at the Inquiry, an application for appropriate relief could be made by the respondent managers at the trial stage.

B. *Section 11(d)*

31 The respondent managers also argue that proceeding with the Inquiry would likely infringe their s. 11(d) *Charter* right to a fair trial. As my colleague Cory J. notes, the bulk of the argument concerning this issue relates to the alleged prejudice the two respondents Roger Parry and Gerald Phillips (who face active criminal charges as a result of the Westray explosion) would suffer if the Inquiry hearings were held prior to or concurrently with their trials.

32 While these two respondents contend that they would suffer several general types of unfairness if the Inquiry were held prior to or concurrently with their trials, in my view the only serious threat to their s. 11(d) rights arises from the possibility that either their testimony at the Inquiry or the Commissioner’s conclusions might be published, in whole or in part, before the completion of their trials. While such pre-trial publicity has the potential in some circumstances to prejudice an accused’s right to a fair trial to the extent that it concerns information that would not otherwise be admissible against him or her at trial, it is not in every case that such prejudice will result. In fact, assessing the potential prejudicial impact of pre-trial publicity is highly speculative. Furthermore, prejudice arising from pre-trial publicity can only be alleged where an accused is being tried by a judge and jury. If an accused is being tried by

miner dans d’autres poursuites (exception faite des poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires), puisqu’ils bénéficieront de la protection prévue à l’art. 13 de la *Charte*. La preuve dérivée, par contre, pourra être admise contre eux dans d’autres poursuites dans la mesure où sa pertinence peut être établie de façon indépendante. Il faut ajouter, évidemment, la réserve supplémentaire voulant que si, au cours de l’enquête, l’État se conduit de façon «fondamentalement inéquitable» (suivant la définition donnée plus haut à cette expression) à l’égard des directeurs intimés, ceux-ci pourront, à l’étape du procès, demander la réparation qui convient.

B. *L’alinéa 11d)*

Les directeurs intimés ont également fait valoir que la poursuite de l’enquête est susceptible de porter atteinte à leur droit à un procès équitable garanti par l’al. 11d) de la *Charte*. Comme le souligne mon collègue le juge Cory, les arguments relatifs à cette question portent essentiellement sur le préjudice allégué que subiraient les deux intimés Roger Parry et Gerald Phillips (lesquels doivent répondre à des accusations criminelles par suite de l’explosion dans la mine Westray) si les audiences de l’enquête avaient lieu avant leurs procès ou en même temps.

Bien que ces deux intimés prétendent qu’ils seraient victimes d’injustices de plusieurs types si l’enquête avait lieu avant leurs procès ou en même temps, je suis d’avis que le droit que leur garantit l’al. 11d) n’est menacé de façon sérieuse que par la possibilité que leur témoignage à l’enquête ou les conclusions du commissaire soient publiés, en totalité ou en partie, avant la fin de leurs procès. Une telle publicité antérieure au procès, dans la mesure où elle porte sur des renseignements qui ne seraient pas autrement admissibles au procès, peut, dans certaines circonstances, porter atteinte au droit à un procès équitable. Cela dit, cette possibilité ne se concrétisera pas dans tous les cas. En fait, l’évaluation des effets potentiellement préjudiciables de la publicité antérieure au procès est une démarche hautement conjecturale. De plus, ce préjudice ne peut être allégué que lorsque le procès a lieu devant juge et jury. La publicité antérieure au

judge alone, pre-trial publicity is assumed not to prejudice his or her right to a fair trial. As my colleague Cory J. notes in his reasons at p. 172:

... it must be assumed that a trial judge trained to be objective and well-versed in the legal burden resting upon the prosecution can readily disabuse him- or herself of the prejudicial effects of pre-trial publicity.

In the case before us, counsel proceeded on the assumption that Roger Parry and Gerald Phillips would be tried before a judge and jury. This was reasonable in light of the fact that, at the time, both these respondents had elected or had been deemed to have elected to be so tried. However, since then, these respondents have changed their original elections and have chosen to be tried before a judge alone. In fact, as I noted earlier, their trial before a judge alone has already begun at the Supreme Court of Nova Scotia. In light of this fact, it appears clear that proceeding with the Inquiry could not possibly prejudice their right to a fair trial. Consequently, I find that no violation of s. 11(d) has been made out by the respondent managers and conclude that the stay of the public hearings of the Inquiry should be lifted.

While I reach this conclusion based on the fact that Roger Parry and Gerald Phillips are being tried before a judge alone, I note that even if they had not changed their original elections to be tried by a judge and jury I would have still reached the same conclusion. In my view, although an accused who is being tried before a judge and jury may be prejudiced by pre-trial publicity related to a public inquiry, it is only in the most extraordinary of circumstances that a stay of a public inquiry's proceedings should be issued to remedy such a potential violation of s. 11(d) of the *Charter*. This is for two reasons. First, the risk of prejudice to an accused's fair trial rights from pre-trial publicity is highly speculative. Consequently, it will be extremely difficult to prove such a prospective violation of s. 11(d) of the *Charter* with a sufficient degree of probability to warrant the granting of a remedy. Second, even if the potential violation of s. 11(d) is shown to be sufficiently likely to war-

procès est réputée ne pas porter atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable lorsque celui-ci est jugé par un juge seul. Comme le précise mon collègue le juge Cory dans ses motifs à la p. 172:

... il faut présumer que le juge du procès, qui est, de par sa formation, objectif et averti que la charge de persuasion retombe sur l'accusation, peut facilement écarter de son esprit les effets préjudiciables de la publicité antérieure au procès.

La présente affaire a procédé en présumant que le procès de Roger Parry et de Gerald Phillips allait se dérouler devant juge et jury. Cette hypothèse se défendait du fait qu'à cette époque les deux intimés avaient choisi cette forme de procès ou étaient réputés l'avoir choisie. Toutefois, ils ont depuis changé d'avis et opté pour un procès devant un juge seul. En fait, comme je l'ai mentionné, leur procès est déjà commencé devant un juge seul de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Il est donc évident que la poursuite de l'enquête ne pourrait d'aucune façon porter atteinte à leur droit à un procès équitable. Par conséquent, j'estime que les directeurs intimés n'ont pas démontré qu'il y avait eu violation de l'al. 11d), et je conclus qu'il y a lieu de lever la suspension des audiences publiques de l'enquête.

Bien que ma conclusion repose sur le fait que Roger Parry et Gerald Phillips subissent leurs procès devant un juge seul, je tiens à signaler qu'elle n'aurait pas été différente s'ils s'en étaient tenus à leur choix initial d'être jugés par un juge et un jury. Selon moi, même si la publicité antérieure au procès associée à la tenue d'une enquête publique peut nuire à un accusé dont le procès a lieu devant un juge et un jury, seules des circonstances très exceptionnelles peuvent justifier la décision d'imposer une suspension des procédures à titre de réparation d'une telle violation potentielle de l'al. 11d) de la *Charte* et ceci pour deux raisons. Premièrement, le risque de préjudice au droit à un procès équitable associé à la publicité antérieure au procès est de nature très hypothétique. Il sera donc extrêmement difficile de prouver une telle possibilité de violation de l'al. 11d) de la *Charte* avec un degré de probabilité suffisant pour justifier l'octroi d'une réparation. Deuxièmement, même si un

33

34

rant a remedy, a stay of proceedings would not generally be the appropriate remedy.

accusé démontre que la violation de l'al. 11*d*) est suffisamment probable pour justifier l'octroi d'une réparation, la suspension des procédures ne constituera pas, en général, le redressement qui convient.

35 Where an accused person demonstrates with sufficient probability that his or her s. 11(*d*) rights are threatened by pre-trial publicity related to a public inquiry, it will generally be possible to fashion a remedy short of a stay of proceedings that adequately protects the fair trial rights of that accused. I do not wish to limit the creativity of judges and commissioners in developing such remedies by establishing an exhaustive list of appropriate remedies. However, as examples of appropriate remedies, I note that if, for instance, pre-trial publicity of an accused's testimony before a public inquiry is likely to prejudice his or her fair trial rights, it might be appropriate to order a publication ban, order *in camera* hearings, postpone that person's testimony before the inquiry to a later date, or provide some other measure that effectively restricts the public dissemination of details of his or her testimony before the completion of his or her trial. As a rule, there is no one remedy that is necessarily better than another. Instead, there will generally be a number of appropriate remedies from which, if a violation of s. 11(*d*) is made out, the least intrusive alternative should be selected.

Lorsqu'un accusé établit avec une probabilité suffisante que la publicité antérieure au procès découlant d'une enquête publique menace le droit que lui garantit l'al. 11*d*), il sera généralement possible d'élaborer une réparation qui protégera ce droit sans recourir à la suspension des procédures. Je ne veux pas limiter la créativité des juges et des commissaires dans l'élaboration de telles réparations en dressant ici une liste exhaustive de réparations appropriées. Je pourrais cependant mentionner, à titre d'exemple, que si la publicité antérieure au procès liée au témoignage d'un accusé au cours d'une enquête publique est susceptible de porter atteinte à son droit à un procès équitable, il pourrait être approprié d'ordonner une interdiction de publication ou la tenue d'audiences à huis clos, de reporter le témoignage à l'enquête à une date ultérieure ou d'imposer une autre mesure qui limiterait efficacement la diffusion publique des détails du témoignage jusqu'à la fin du procès. Aucune réparation n'est par définition meilleure qu'une autre. De façon générale, il existe un éventail de réparations adéquates parmi lesquelles il y a lieu de choisir la réparation la moins envahissante, s'il est établi que l'al. 11*d*) a été violé.

36 In this respect, I feel it necessary to comment briefly on the appropriate forum in which an accused should seek such a remedy. Without outlining any procedures too strictly, I note that an application for a remedy should generally be made to the commissioner of the public inquiry in question. It is, in my view, the commissioner who is generally in the best position to determine whether or not there is a serious threat to an accused's s. 11(*d*) rights from pre-trial publicity related to the inquiry and, if so, what the appropriate remedy should be. If the accused is not satisfied with the decision of the commissioner, he or she can apply for judicial review of the commissioner's decision according to normal principles of administrative law (see, for example, *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979]

À cet égard, j'estime nécessaire de faire quelques brèves observations sur la question du tribunal approprié auquel l'accusé doit s'adresser pour obtenir réparation. Sans établir la procédure à suivre de façon stricte, je signale d'abord que la demande de réparation devrait généralement être présentée au commissaire chargé de l'enquête publique en cause. À mon avis, ce dernier est habituellement la personne la mieux placée pour déterminer si la publicité antérieure au procès découlant de l'enquête menace sérieusement le droit garanti à l'al. 11*d*) et pour décider, le cas échéant, de la réparation qui convient. Si l'accusé désire en appeler de la décision du commissaire, il peut alors présenter une demande de contrôle judiciaire conformément aux règles habituelles du droit administratif (voir, par exemple, *Procureur géné-*

1 S.C.R. 218, where a witness subpoenaed to appear before a provincial commission of inquiry applied for a writ of evocation to quash the subpoena).

This said, it is important to note that a commissioner's power to provide an appropriate remedy is dependant on the statutory regime under which he or she is appointed. Without expressing an opinion on the interpretation of any particular statutory regime, I note that a commissioner's jurisdiction to provide an appropriate remedy may, in certain circumstances, be limited. For example, some commissioners may not have the authority to issue an actual publication ban. Nonetheless, a commissioner who cannot issue a publication ban will frequently be able to provide an accused with some other equivalent remedy (such as *in camera* hearings). I acknowledge, however, that there may be circumstances where the powers of a commissioner are so limited that he or she is unable to provide an accused with any appropriate remedy. In such circumstances, the accused can seek redress by applying to his or her trial judge or, if no trial judge has yet been appointed, to a judge of the highest court of first instance before which his or her trial could proceed for a publication ban or another appropriate remedy: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

I wish, however, to emphasize that while a judge's jurisdiction to entertain an application by an accused for a publication ban or another appropriate remedy may be broad, the judge should generally refuse to exercise such jurisdiction if the commissioner also has the necessary jurisdiction to provide an appropriate remedy and is in a better position to determine the necessity of a remedy and the form, if any, it should take. This is particularly true where the trial will not be beginning for a relatively long period of time and the public inquiry is already under way or is soon to begin. In such cases, the commissioner of the inquiry is clearly in the best position to determine whether a remedy is needed and if so what remedy is most appropriate. Consequently, in such cases a judge

ral du Québec et Keable c. Procureur général du Canada, [1979] 1 R.C.S. 218, où un témoin assigné à comparaître devant une commission d'enquête provinciale s'est pourvu par voie d'évocation pour annuler le subpoena).

Ceci dit, il importe de souligner que le pouvoir d'un commissaire d'accorder la réparation appropriée dépend des dispositions législatives sous le régime desquelles il a été nommé. Sans exprimer d'opinion sur l'interprétation d'un régime législatif en particulier, je souligne que la compétence d'un commissaire en matière d'octroi d'une réparation adéquate peut, dans certaines circonstances, être limitée. Il se peut, par exemple, que certains commissaires ne soient pas habilités à prononcer une interdiction de publication. Le commissaire dans cette situation pourra souvent, néanmoins, octroyer à un accusé une réparation équivalente (comme une audience à huis clos). Je reconnais qu'il peut y avoir des circonstances où les pouvoirs du commissaire sont limités au point qu'il ne soit pas en mesure d'accorder une réparation adéquate à un accusé. Dans de telles circonstances, l'accusé peut demander réparation en s'adressant au juge du procès ou, si aucun juge n'a encore été désigné, en demandant à un juge du plus haut tribunal devant lequel son procès peut être instruit de rendre une ordonnance de non-publication ou d'octroyer toute autre réparation appropriée: *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Je veux toutefois insister sur le fait que les juges, même s'ils disposent d'une large compétence pour entendre les demandes présentées par des accusés afin d'obtenir une interdiction de publication ou autre réparation appropriée, devraient, en général, refuser d'exercer cette compétence, d'une part, si le commissaire a, lui aussi, compétence pour octroyer le redressement et, d'autre part, s'il est mieux placé pour se prononcer sur le caractère nécessaire de ce redressement et sur la forme qu'il devrait prendre, le cas échéant. Cela est d'autant plus vrai lorsque la date prévue pour le procès est relativement éloignée et que l'enquête publique est déjà en cours ou à la veille de débiter. Le commissaire est alors, de toute évidence, la personne la mieux placée pour détermi-

should generally defer to the expertise of the commissioner.

39 In the case at hand, however, no application, either to the Commissioner or the courts would be appropriate because Roger Parry and Gerald Phillips are being tried before a judge alone. As I noted earlier, in such circumstances, pre-trial publicity will not prejudice an accused's right to a fair trial. Consequently, no prospective breach of s. 11(d) has been made out and no remedy is needed.

40 Before concluding, I feel it is necessary to comment briefly on an *obiter* statement of Cory J.'s with which I disagree. Specifically, in his reasons, Cory J. suggests that, had Roger Parry and Gerald Phillips not changed their election to be tried before a judge and jury, it would have been appropriate to order that the publication and release of the Commissioner's final report be delayed so as to provide them with an opportunity to review it and, if they deemed it necessary, to bring an application to ban its publication until such time as the criminal proceedings against them were completed or disposed of in some other manner. In my view, however, the imposition of such a temporary publication ban would not have been appropriate. First, for a publication ban, even a temporary one such as the one suggested by Cory J., to be imposed, the risk of prejudice to the fair trial rights of an accused must be serious and not overly speculative. In the hypothetical situation proposed by Cory J., however, the risk of prejudice to the fair trial rights of the respondents in question would have been, in my opinion, based far too heavily on speculation. Furthermore, the determination of the need for a publication ban, even a temporary one, should generally be made, as I noted above, by the Commissioner or the trial judge, not by this Court. For these two reasons, I disagree with Cory J.'s suggestion that a temporary publication ban with respect to the Commissioner's final report would have been appropriate had Roger Parry and Gerald Phillips not changed their election to be tried

ner s'il y a lieu d'octroyer une réparation et pour décider, le cas échéant, de la réparation la plus appropriée. Par conséquent, les juges devraient, dans de tels cas, s'en remettre à l'expertise du commissaire.

Dans le cas qui nous occupe, il n'y a pas lieu, toutefois, de s'adresser au commissaire ou aux tribunaux car le procès de Roger Parry et de Gerald Phillips est instruit devant un juge seul. Comme je l'ai déjà mentionné, la publicité antérieure au procès ne portera pas atteinte au droit à un procès équitable dans un tel cas. Par conséquent, aucune menace de violation de l'al. 11d) n'a été démontrée et aucune réparation n'est nécessaire.

Avant de conclure, certaines brèves observations s'imposent à l'égard d'un *obiter* du juge Cory avec lequel je ne suis pas d'accord. Plus précisément, dans ses motifs, le juge Cory déclare que si Roger Parry et Gerald Phillips n'étaient pas revenus sur leur choix d'être jugés par un juge et un jury, il y aurait eu lieu d'ordonner le report de la publication et de la diffusion du rapport final du commissaire afin de permettre aux accusés de l'examiner et de présenter, s'ils le jugeaient nécessaire, une demande visant à en interdire la publication jusqu'à ce que toutes les poursuites criminelles engagées contre eux prennent fin ou aient fait l'objet d'une décision quelconque. À mon avis, il n'aurait pas été opportun d'imposer cette interdiction de publication temporaire proposée par le juge Cory. D'abord, pour qu'une interdiction de publication, même temporaire, soit justifiée, le risque d'atteinte au droit d'un accusé à un procès équitable doit être sérieux et non purement spéculatif. Dans la situation hypothétique décrite par le juge Cory, le risque d'atteinte au droit des intimés à un procès équitable aurait, selon moi, été effectivement beaucoup trop conjectural. En outre, c'est au commissaire ou au juge du procès et non à notre Cour, qu'il appartiendrait, comme je l'ai indiqué plus haut, de déterminer s'il est nécessaire de prononcer une ordonnance de non-publication, même temporaire. Pour ces deux raisons, je ne suis donc pas d'accord avec l'opinion du juge Cory voulant qu'il aurait été approprié d'interdire temporairement la publication du rapport final du commissaire si

before a judge and jury. The determination of the need for such a publication ban must be made by the Commissioner or the trial judge, and such a determination must take place at a later date, when the risk of prejudice to the fair trial rights of the respondents in question is not overly speculative.

III. Disposition

For the reasons outlined above, I would dispose of the appeal in the same manner as my colleague Cory J.

The reasons of Cory, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

CORY J. — On May 9, 1992, tragedy struck Plymouth, Nova Scotia when an underground explosion at the Westray Coal Mine killed 26 miners. The event shocked the community, the province, indeed the entire country. The Nova Scotia government ordered an immediate public inquiry into the tragedy. This appeal is brought to determine whether the Nova Scotia Court of Appeal was correct in holding that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* requires that this inquiry be halted until the disposition of the outstanding criminal charges against two former managers of the Westray mine.

I. Factual Background

On May 15, 1992, the appellant Justice K. Peter Richard was appointed a Commissioner under the *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, c. 372, in order to conduct an inquiry into the accident. Richard J. was also appointed a Special Examiner under the *Coal Mines Regulation Act*, R.S.N.S. 1989, c. 73. His mandate was set out in Order in Council No. 92-504, and included the following:

WHEREAS it is deemed appropriate to cause inquiry to be made into and concerning the public matters hereinafter mentioned in relation to which the Legislature of Nova Scotia may make laws;

By and with the advice of the Executive Council of Nova Scotia, His Honour the Lieutenant Governor is

Roger Parry et Gerald Phillips n'étaient pas revenus sur leur choix d'un procès devant juge et jury. L'appréciation de la nécessité d'une telle interdiction de publication relève du commissaire ou du juge du procès et elle doit être faite plus tard, c'est-à-dire lorsque le risque de préjudice au droit à un procès équitable des intimés n'est pas trop hypothétique.

III. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je trancherais le pourvoi de la même manière que mon collègue le juge Cory.

Version française des motifs des juges Cory, Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE CORY — Le 9 mai 1992, une tragédie a frappé Plymouth, en Nouvelle-Écosse. Une explosion souterraine dans la mine de charbon Westray a tué 26 mineurs, secouant la collectivité, la province, et même le pays tout entier. Le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a ordonné la tenue d'une enquête publique immédiate sur la tragédie. Le présent pourvoi vise à déterminer si la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a eu raison de décider que la *Charte canadienne des droits et libertés* exigeait l'arrêt de cette enquête jusqu'à ce que les accusations criminelles en suspens portées contre deux ex-directeurs de la mine Westray aient fait l'objet d'une décision.

I. Contexte factuel

Le 15 mai 1992, le juge appelant, K. Peter Richard, a été nommé commissaire chargé d'enquêter sur l'accident, en application de la *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 372. Il a aussi été nommé enquêteur spécial aux termes de la *Coal Mines Regulation Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 73. Voici un extrait de son mandat énoncé dans le décret n° 92-504:

[TRADUCTION] ATTENDU qu'il a été jugé opportun de faire faire une enquête sur les questions d'intérêt public mentionnées ci-après, au sujet desquelles l'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse peut légiférer;

Sur l'avis du Conseil exécutif de la Nouvelle-Écosse, il plaît à Son Honneur le lieutenant-gouverneur de con-

41

42

43

pleased to appoint the Honourable K. Peter Richard, a Judge of the Supreme Court of Nova Scotia, to be, during pleasure, a Commissioner under the Public Inquiries Act, and a Special Examiner under the Coal Mines Regulation Act, with power to inquire into, report findings, and make recommendations to the Governor in Council and the people of Nova Scotia respecting:

- (a) the occurrence, on Saturday, the 9th day of May, A.D., 1992, which resulted in the loss of life in the Westray Mine at Plymouth, in the County of Pictou;
- (b) whether the occurrence was or was not preventable;
- (c) whether any neglect caused or contributed to the occurrence;
- (d) whether there was any defect in or about the Mine or the modes of working the Mine;
- (e) whether the Mine and its operations were in keeping with the known geological structures or formations in the area;
- (f) whether there was compliance with applicable statutes, regulations, orders, rules, or directions; and
- (g) all other matters related to the establishment and operation of the Mine which the Commissioner considers relevant to the occurrence. . . .

férer à l'honorable K. Peter Richard, juge de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, la charge de commissaire en vertu de la Public Inquiries Act et d'enquêteur spécial aux termes de la Coal Mines Regulation Act. Il exercera ses fonctions à titre amovible et sera habilité à enquêter, à faire rapport de ses conclusions et à présenter des recommandations au gouverneur en conseil et à la population de la Nouvelle-Écosse sur ce qui suit:

- a) les faits survenus le samedi 9 mai 1992 qui ont entraîné des pertes de vie à la mine Westray à Plymouth, comté de Pictou;
- b) si ces faits auraient pu être évités;
- c) si la négligence a pu causer ces faits ou y contribuer;
- d) s'il y avait quelque défaut dans la mine ou dans son mode d'exploitation;
- e) si la mine et son fonctionnement s'accordaient avec les formations ou la structure des couches géologiques connues de la région;
- f) si les lois, règlements, arrêtés, règles ou directives applicables ont été respectés;
- g) toutes autres questions concernant l'établissement et l'exploitation de la mine que le commissaire estime pertinentes par rapport aux faits survenus. . . .

44

The Commissioner established rules of practice and procedure and the Commission began its preliminary work. Commission staff interviewed about 140 witnesses, collected over 250,000 pages of documents, and commissioned reports from mining experts from around the world. The staff indexed and summarized all the documents and provided the indices and summaries to the RCMP. The police in turn used these materials to obtain search warrants for the documents in the Commissioner's possession. These warrants were executed in September and December of 1992. The RCMP in turn provided the Commissioner with witness statements taken during the police investigation and cooperated with him in the development of a plan to re-enter the mine to gather evidence.

Le commissaire a formulé des règles de pratique et de procédure et la commission a commencé ses travaux préparatoires. Le personnel de la commission a interrogé quelque 140 témoins, réuni plus de 250 000 pages de documents et demandé des rapports à des experts en exploitation minière du monde entier. Le personnel a répertorié et résumé tous les documents et fourni ces répertoires et ces résumés à la GRC. La police s'en est servi pour obtenir des mandats de perquisition visant les documents que le commissaire avait en sa possession. Ces mandats ont été exécutés en septembre et en décembre 1992. La GRC a remis au commissaire les déclarations des témoins prises durant ses enquêtes et coopéré avec lui dans l'élaboration d'un plan visant à obtenir l'accès à la mine pour rassembler d'autres éléments de preuve.

The appellant union is certified under the *Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475, to represent surface and underground employees of the Westray Coal Mine. The respondent Westray Families' Group is comprised of relatives of the 26 miners who were killed in the May 9 explosion. Both groups, along with the intervener Attorney General of Nova Scotia, were granted general status to participate in the Westray Mine Public Inquiry.

The individual respondents were all employed by Westray Coal, a division of Curragh Resources Inc., in managerial and supervisory positions. Their different positions carried certain responsibilities under the *Coal Mines Regulation Act*. Breach of these responsibilities could invoke consequences under the *Coal Mines Regulation Act* and the *Occupational Health and Safety Act*, R.S.N.S. 1989, c. 320. On October 5, 1992, the respondents Gerald Phillips, Roger Parry, Glyn Jones and Robert Parry, along with Curragh Resources Inc. (the mine owner), were charged with 52 violations of the *Occupational Health and Safety Act*. No charges were laid against the remaining individual respondents.

The individual respondents applied to the Nova Scotia Supreme Court, Trial Division, for a declaration that the Order in Council No. 92-504 was *ultra vires* the province, and that it infringed their rights under ss. 7, 8 and 11(d) of the *Charter*. They also sought an injunction preventing the inquiry from proceeding. On November 13, 1992, Glube C.J.T.D. ruled that the terms of the inquiry were *ultra vires* as they encroached upon the federal criminal law power. The appellants, the Attorney General of Nova Scotia, the Westray Families' Group and the Town of Stellarton appealed to the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court, which allowed the appeal and set aside the declaration. However, the Appeal Division ordered that the public hearings of the Westray Inquiry be

Le syndicat appelant a été accrédité conformément à la *Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 475, pour représenter les employés de la mine de charbon Westray qui travaillent en surface ou au fond. Le groupe des familles de Westray intimé est composé de parents des 26 mineurs qui ont perdu la vie lors de l'explosion du 9 mai. Ces deux groupes, de même que le procureur général de la Nouvelle-Écosse intervenant, se sont vu reconnaître la qualité de participants à l'enquête publique sur la mine Westray.

Les individus intimés étaient tous des employés de Westray Coal, division de Curragh Resources Inc., et occupaient des postes de direction ou de surveillance. Leurs diverses fonctions comportaient certaines responsabilités visées par la *Coal Mines Regulation Act*. Le manquement à ces responsabilités risque d'entraîner des conséquences sous le régime de la *Coal Mines Regulation Act* ou de l'*Occupational Health and Safety Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 320. Le 5 octobre 1992, les intimés Gerald Phillips, Roger Parry, Glyn Jones et Robert Parry, de même que Curragh Resources Inc. (propriétaire de la mine), ont été inculpés de 52 infractions à l'*Occupational Health and Safety Act*. Aucune accusation n'a été portée contre les autres individus intimés.

Les individus intimés ont demandé à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section de première instance, de déclarer que le décret n° 92-504 excédait la compétence de la province et qu'il portait atteinte à leurs droits garantis par les art. 7 et 8 et l'al. 11d) de la *Charte*. Ils ont également sollicité une injonction interdisant la poursuite de l'enquête. Le 13 novembre 1992, la juge en chef Glube, de la Section de première instance, a déclaré que le mandat de la commission était inconstitutionnel, parce qu'il empiétait sur la compétence fédérale en matière de droit criminel. Les appelants, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le groupe des familles de Westray et la ville de Stellarton en ont appelé devant la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, qui a fait droit à l'appel et annulé le jugement déclaratoire. Toutefois, la Section d'appel a ordonné la suspension des audiences publiques de

45

46

47

stayed pending the resolution of the charges against the individual respondents.

48 Prior to the release of the judgment of the Appeal Division, the Attorney General of Nova Scotia quashed 18 of the 52 charges under the *Occupational Health and Safety Act*. On April 5, 1993, all remaining charges under the Act were quashed. On April 20, criminal charges of manslaughter and criminal negligence causing death were laid against the respondents Roger Parry and Gerald Phillips, along with Curragh Resources Inc. On May 19, 1994, preferred indictments were laid against all three. At the time these charges were laid, the RCMP indicated in a news release that no further charges were contemplated.

49 On January 17, 1994, this Court granted leave to appeal to both the appellant Commissioner and the appellant union. Since both appeals raise substantially the same issues, I will treat them as a single appeal for the purposes of this judgment. Leave was denied the individual respondents to cross-appeal on the *vires* of the terms of reference.

II. Relevant Legislation

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5

5. (1) No witness shall be excused from answering any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person.

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer on the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering the question, then although the witness is by reason of this Act or the provincial Act compelled to answer, the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of that evidence.

l'enquête Westray en attendant la décision sur les accusations portées contre les individus intimés.

Avant que la Section d'appel ait rendu son jugement, le procureur général de la Nouvelle-Écosse avait annulé 18 des 52 inculpations pour des infractions à l'*Occupational Health and Safety Act*. Le 5 avril 1993, les autres inculpations ont été annulées. Le 20 avril, des accusations d'homicide involontaire coupable et de négligence causant la mort ont été portées contre les intimés Roger Parry et Gerald Phillips, et contre Curragh Resources Inc. Le 19 mai 1994, des actes d'accusation ont été présentés contre les trois inculpés. Au moment du dépôt de ces actes d'accusation, la GRC a annoncé par communiqué qu'elle n'envisageait porter aucune autre accusation.

Le 17 janvier 1994, notre Cour a accordé une autorisation de pourvoi au commissaire et au syndicat appelants. Comme les deux pourvois portent essentiellement sur les mêmes questions, je statuerai sur les deux comme s'ils ne faisaient qu'un seul. L'autorisation de former un pourvoi incident sur la question de la constitutionnalité du mandat a été refusée aux individus intimés.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5

5. (1) Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

(2) Lorsque, relativement à une question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

...

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

Coal Mines Regulation Act, R.S.N.S. 1989, c. 73

67 Where any accident occurs in any mine from any cause resulting in the loss of life, the *Fatality Inquiries Act* shall not apply, but the following provisions shall have effect:

...

(e) if, upon such inquiry, the special examiner is of the opinion that death was caused by explosion or accident and resulted from culpable negligence, or that there is reasonable ground for suspecting the same, he shall forthwith file a copy of his report with the clerk of the Crown for the county in which the accident occurred, and transmit a copy thereof to the Attorney General, together with a notice stating that, in his opinion, it is expedient that a further inquiry shall be held respecting the cause of such accident;

III. Judgments Below

A. *Nova Scotia Supreme Court, Trial Division* (1992), 116 N.S.R. (2d) 34

Glube C.J.T.D. began by expressing her hope that a public inquiry would be held into mining in Pictou County and into the details of the May 9 explosion. Nonetheless, after a careful review of

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit:

...

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

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;

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

Coal Mines Regulation Act, R.S.N.S. 1989, ch. 73

[TRADUCTION] 67 Quand un accident, quelle qu'en soit la cause, se produit dans une mine et entraîne une perte de vie, la *Fatality Inquiries Act* ne s'applique pas, mais les dispositions qui suivent prennent effet:

...

e) si, au cours de cette enquête, l'enquêteur spécial est d'avis qu'un décès a été causé par une explosion ou par un accident et qu'il résultait d'une négligence coupable, ou qu'il y a des motifs raisonnables de le soupçonner, il dépose immédiatement une copie de son rapport au bureau du greffier du comté dans lequel l'accident est survenu et en transmet une copie au procureur général, à laquelle il joint un avis indiquant que, selon lui, il est opportun d'enquêter plus à fond sur la cause de cet accident;

III. Les juridictions inférieures

A. *La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section de première instance* (1992), 116 N.S.R. (2d) 34

Le juge en chef Glube a d'abord dit espérer que l'industrie minière dans le comté de Pictou et les détails de l'explosion du 9 mai fassent l'objet d'une enquête publique. Néanmoins, après avoir

all the material before her, she concluded at p. 50 that the terms of reference creating the Westray Inquiry were “in pith and substance a criminal investigation” because their dominant purpose and effect was to assign criminal, quasi-criminal and civil responsibility for the explosion. She also held that s. 67(e) of the *Coal Mines Regulation Act*, which requires a Special Examiner who is of the opinion that an accident was caused by culpable negligence to transmit a copy of his or her report to the Attorney General, was *ultra vires*.

examiné attentivement tous les éléments de preuve soumis, elle a conclu à la p. 50 que l'enquête Westray telle que définie par le mandat était [TRADUCTION] «de par son caractère véritable une enquête criminelle», parce qu'elle visait principalement à déterminer la responsabilité criminelle, quasi criminelle et civile à l'égard de l'explosion. Elle a conclu en outre à l'inconstitutionnalité de l'al. 67e) de la *Coal Mines Regulation Act*, qui oblige l'enquêteur spécial qui est d'avis qu'un accident a été causé par une négligence coupable à transmettre une copie de son rapport au procureur général.

51 Glube C.J.T.D. found that, because the *Coal Mines Regulation Act* places specific responsibilities upon persons in designated positions, it would be extremely difficult for the appellant Commissioner to determine the matters set out in the terms of reference without identifying individuals. After examining *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366, and *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, she concluded at p. 54 that the “commissioner is being effectively asked to determine both civil and criminal responsibility of particular individuals, which the case law says he must not do”. She found that the “double aspect” doctrine did not apply to save the terms of reference and that it was not possible to read them down in order to allow the Inquiry to continue.

Le juge en chef Glube a conclu que, parce que la *Coal Mines Regulation Act* impose des responsabilités précises aux titulaires de fonctions désignées, il serait très difficile pour le commissaire appelant de se prononcer sur les questions visées par le mandat sans désigner nommément des personnes. Après avoir examiné les arrêts *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366, et *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, elle a conclu, à la p. 54, que le [TRADUCTION] «commissaire doit en fait enquêter sur la responsabilité tant civile que criminelle de personnes précises, ce qu'il ne doit pas faire selon la jurisprudence». Elle a conclu que la théorie du «double aspect» ne s'appliquait pas et ne pouvait donc pas valider le mandat, auquel il n'était pas possible de donner une interprétation atténuée qui permettrait la poursuite de l'enquête.

52 Glube C.J.T.D. pointed out that findings based on s. 91 of the *Constitution Act, 1867* disposed of the case, but went on to say that the s. 96 argument would fail since the Order in Council established a fact-finding inquiry rather than a court. Turning to the *Charter* issues raised, Glube C.J.T.D. remarked that the individual respondents' argument that their ss. 7, 8 and 11(d) rights would be violated by the Inquiry was “appealing”. However, she declined to rule on these points, which were moot in light of her decision on the s. 91 argument.

Le juge en chef Glube a souligné que les conclusions fondées sur l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* apportaient une solution au litige, mais a ajouté que l'argument fondé sur l'art. 96 serait rejeté car le décret prévoyait une enquête pour établir les faits et non une enquête judiciaire. Quant aux questions relatives à la *Charte*, elle a fait remarquer que l'argument des individus intimés selon lequel les droits que leur garantissent les art. 7 et 8 et l'al. 11d) seraient violés par l'enquête était «attrayant». Toutefois, elle a refusé de statuer sur ces points devenus théoriques, vu sa décision sur l'argument fondé sur l'art. 91.

B. *Court of Appeal* (1993), 117 N.S.R. (2d) 218 (Hallett J.A. for the Court)

Hallett J.A. found that Glube C.J.T.D. had erred in holding that the terms of reference were *ultra vires*. He held that she had wrongly equated the terms of reference in this case with the terms which were found to be *ultra vires* the province of Ontario in *Starr v. Houlden*. He was of the view that the dominant purpose and effect of the Westray Inquiry is to make findings and recommendations relating to a coal mining disaster. It is therefore distinguishable from the inquiry considered in *Starr v. Houlden*, which was primarily aimed at the investigation of whether certain individuals had committed specific criminal offences. Hallett J.A. found support for this conclusion in the decision in *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591, in which this Court held that a provincial inquiry into police wrongdoing was valid even though the subject matter of the inquiry might later form the basis for criminal charges. The Court of Appeal concluded at p. 229 that:

The pith and substance of the Westray inquiry is firmly anchored to the province's power to regulate coal mines within the province. The dominant purpose and effect of the Order-in-Council is to authorize Justice Richard to inquire into the explosion with a view to ascertaining the cause of the explosion; whether the explosion was preventable; whether the operation of the Mine complied with the provincial regulatory laws; and by implication, whether amendments need to be made to the provincial laws so as to prevent a disaster of this nature occurring in the future.

Neither the fact that part of this task would involve the investigation of the conduct of the mine managers nor the possibility that criminal charges might ensue once the report was made were fatal to the validity of the terms of reference.

The Court of Appeal found also that s. 67(e) of the *Coal Mines Regulation Act* was not *ultra vires* the Province of Nova Scotia. Hallett J.A. explained that s. 67 establishes a particular type of coroner's inquiry where there is an unexplained death in a coal mine. However, under s. 67(e), the Special

B. *La Cour d'appel* (1993), 117 N.S.R. (2d) 218 (le juge Hallett au nom de la cour)

Le juge Hallett a conclu que le juge en chef Glube avait commis une erreur en décidant que le mandat excédait la compétence de la province. D'après lui, elle avait à tort assimilé le mandat dans la présente espèce à celui qui, selon l'arrêt *Starr c. Houlden*, excédait, la compétence de la province d'Ontario. À son avis, l'objet et l'effet principaux de l'enquête Westray étaient de tirer des conclusions et de faire des recommandations relativement à un désastre dans une mine de charbon. Il y avait donc lieu de la distinguer de l'enquête en cause dans l'arrêt *Starr c. Houlden*, qui portait principalement sur la question de savoir si certaines personnes avaient perpétré des infractions précises. Le juge Hallett appuie sa conclusion sur l'arrêt *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591, dans lequel notre Cour a décidé qu'une enquête provinciale sur des méfaits commis par des policiers était valide même si l'objet de l'enquête pouvait donner lieu par la suite à des accusations criminelles. La Cour d'appel en tire cette conclusion, à la p. 229:

[TRADUCTION] Le caractère véritable de l'enquête Westray est fermement ancré dans le pouvoir de la province de réglementer l'exploitation minière dans la province. L'objet et l'effet principaux du décret sont d'autoriser le juge Richard à enquêter sur l'explosion afin d'en déterminer la cause, de vérifier si elle aurait pu être évitée, de vérifier si l'exploitation de la mine était conforme à la réglementation provinciale et, implicitement, de vérifier s'il convient de modifier les lois provinciales afin de prévenir un désastre pareil dans l'avenir.

Ni le fait que cette tâche comporterait notamment une enquête sur la conduite des directeurs de la mine ni la possibilité que des accusations criminelles soient portées par suite du dépôt du rapport ne justifiaient l'invalidation du mandat.

La Cour d'appel a conclu en outre que l'al. 67e) de la *Coal Mines Regulation Act* n'excédait pas la compétence de la province de la Nouvelle-Écosse. Le juge Hallett a expliqué que l'art. 67 établit un type particulier d'enquête du coroner qui vise les décès inexplicables dans les mines de charbon. Tou-

Examiner is precluded from assigning criminal responsibility, and can instead only suggest to the Crown that a further investigation into possible criminal conduct is warranted. Hallett J.A. therefore held that s. 67(e), unlike the coroner's inquest in *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9, did not encroach upon the federal power to legislate in respect of criminal law and criminal procedure.

tefois, aux termes de l'al. 67e), il est interdit à l'enquêteur spécial d'imputer une responsabilité criminelle et il ne peut que suggérer au ministère public d'enquêter plus à fond sur des conduites criminelles possibles. Le juge Hallett a donc conclu que l'al. 67e), contrairement à l'enquête du coroner dans l'arrêt *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9, n'empiétait pas sur la compétence législative fédérale en matière de droit criminel et de procédure criminelle.

55

The Court of Appeal went on to consider the *Charter* issues. Beginning with s. 7 of the *Charter*, Hallett J.A. observed that the four individual respondents who (at that time) faced charges under the *Occupational Health and Safety Act* had significant liberty interests at risk. He noted that *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, was of considerable importance to the determination of whether the s. 7 right to silence was infringed. From this case, Hallett J.A. determined at p. 238 that "where a person's liberty is in jeopardy that person cannot be required to give evidence against himself or herself but rather has the right to choose whether or not to speak". Although the right to silence discussed in *Hebert* applied to a person detained as a suspect, Hallett J.A. held it equally applicable to anyone under the control of the state. This included all those charged with an offence that places their liberty at risk. He concluded that the right to silence of the accused respondents would be violated if the terms of the Order in Council and the *Public Inquiries Act* compelled them to testify at the Westray Inquiry.

La Cour d'appel s'est ensuite penchée sur les questions relatives à la *Charte*. Abordant en premier lieu l'art. 7 de la *Charte*, le juge Hallett a fait remarquer que des aspects importants du droit à la liberté des quatre individus intimés, qui (à l'époque) devaient répondre à des accusations sous le régime de l'*Occupational Health and Safety Act*, était compromis. Il a ajouté que l'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, était d'une importance considérable pour ce qui était de décider s'il y avait eu violation du droit de garder le silence garanti par l'art. 7. Le juge Hallett a déduit de cet arrêt à la p. 238 que, [TRADUCTION] «lorsque la liberté d'une personne est en jeu, celle-ci ne peut pas être contrainte de témoigner contre elle-même mais elle a plutôt le choix de parler ou non». Certes, le droit de garder le silence dont il était question dans l'arrêt *Hebert* s'appliquait à une personne détenue à titre de suspect, mais le juge Hallett a décidé qu'il s'appliquait également à quiconque était placé sous le contrôle de l'État, y compris tout accusé dont la liberté est menacée en raison de la nature de l'infraction reprochée. Il a conclu que le droit de garder le silence dont bénéficiaient les accusés intimés serait violé si le décret et la *Public Inquiries Act* les obligeaient à témoigner dans le cadre de l'enquête Westray.

56

Although he did not think it necessary to decide the point, Hallett J.A. would have rejected the s. 8 argument. He was not convinced that any unreasonable seizure had occurred owing to the low expectation of privacy which Curragh Resources Inc. had in corporate documents which it was required to maintain under the *Coal Mines Regulation Act*.

Quoiqu'il n'ait pas estimé nécessaire de trancher cette question, le juge Hallett aurait rejeté l'argument fondé sur l'art. 8. Il n'était pas convaincu qu'une saisie abusive avait eu lieu compte tenu de la portée limitée de l'attente en matière de vie privée de Curragh Resources Inc. quant aux registres que la *Coal Mines Regulation Act* l'obligeait à tenir.

On the s. 11(d) issue, Hallett J.A. held that, owing to the inevitable media coverage of the Inquiry, the fair trial interests of those respondents charged with provincial offences would be violated if the Westray Inquiry were to hear any evidence which would implicate them in either provincial or criminal offences. This was true whether or not the accused respondents were themselves compelled to testify. He noted that the present case could be distinguished from *R. v. Kenny* (1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 318 (Nfld. S.C.T.D.). In *Kenny*, the publicity which was damaging to the accused's fair trial interests had already occurred and the only options open to the trial judge were to stay the proceedings or allow the trial to continue. In this case, other options exist because the public hearings of the Inquiry have not yet begun. Hallett J.A. therefore turned to s. 24(1) of the *Charter* to determine what an appropriate remedy would be.

Even though no breach of the respondents' *Charter* rights had yet occurred, Hallett J.A. observed at p. 244 that *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, and *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985, established that a court of competent jurisdiction can order relief for an anticipated *Charter* violation when there is a "high degree of probability" that the harm feared will occur. He noted the risk that the accused respondents' fair trial interests would be compromised by pre-trial publicity which would affect the ability to impanel an impartial jury and by the fact that the Crown would be able to take advantage of the Commission's inquiry without being subject to the limitations imposed upon the police investigating a crime. He also found that the procedural fairness requirements of s. 7 would be breached if the accused respondents were to be simultaneously subjected to a public inquiry, to charges under a provincial act, and to a criminal investigation and possible criminal charges. Hallett J.A. noted that this case differed from both *Vermette* and *Kenny* because the conduct relied upon to show potential damage has not yet occurred, and also referred to

57
En ce qui concerne la question de l'al. 11d), le juge Hallett a conclu que, en raison de l'inévitable couverture médiatique de l'enquête, il y aurait atteinte au droit à un procès équitable des intimés inculpés d'infractions à des lois provinciales si des témoignages les impliquant dans des infractions à des lois provinciales ou dans des infractions criminelles étaient rendus dans le cadre de l'enquête Westray. La même conclusion valait, peu importe que les accusés intimés aient ou non été eux-mêmes contraints de témoigner. Il a fait remarquer que la présente espèce pouvait être distinguée de l'affaire *R. c. Kenny* (1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 318 (C.S. 1^{re} inst. T.-N.). Dans cette affaire, la publicité préjudiciable au droit de l'accusé à un procès équitable existait déjà et le juge du procès n'avait d'autre choix que d'arrêter les procédures ou de permettre la poursuite du procès. En l'espèce, il y a d'autres possibilités, parce que les audiences publiques de l'enquête n'ont pas encore commencé. Le juge Hallett a donc analysé le par. 24(1) de la *Charte* pour déterminer quelle serait la réparation convenable.

58
Bien qu'il n'y ait encore eu aucune atteinte aux droits que la *Charte* garantit aux intimés, le juge Hallett a fait remarquer à la p. 244 que, d'après les arrêts *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, et *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985, une cour compétente peut ordonner une réparation pour une menace de violation de la *Charte* en cas de «haut degré de probabilité» que le préjudice appréhendé se produise. Il a mis en lumière le risque que le droit des accusés intimés à un procès équitable ne soit compromis par la publicité antérieure au procès qui réduirait la possibilité de choisir des jurés impartiaux et par le fait que le ministère public serait à même de tirer profit de l'enquête de la commission sans être assujéti aux limitations d'une enquête policière. Il a conclu en outre à un manquement aux exigences de l'art. 7 en matière d'équité procédurale dans le cas où les accusés intimés feraient simultanément l'objet d'une enquête publique, d'accusations portées en vertu d'une loi provinciale et d'une enquête criminelle pouvant entraîner des accusations. Le juge Hallett a souligné que la présente espèce différerait des affaires *Vermette* et *Kenny*, car la conduite

the risk that any eventual criminal charges could be stayed as a result of the adverse effects of the Inquiry upon the respondents' *Charter* rights. He concluded at p. 253 that "there is a very real risk that the investigation by the Commissioner if it proceeds forthwith to public hearings will result in the infringement of the four respondents' s. 7 *Charter* right to liberty and right to silence as well as their right to a fair trial as guaranteed by s. 11(d)".

invoquée pour montrer un préjudice possible n'a pas encore eu lieu, et il a aussi fait état du risque que les poursuites éventuelles ne soient arrêtées à cause des effets préjudiciables de l'enquête sur les droits que la *Charte* garantit aux intimés. Il a conclu, à la p. 253, qu'il [TRADUCTION] «existe un risque très réel que l'enquête du commissaire, s'il tient immédiatement des audiences publiques, n'entraîne la violation du droit à la liberté et du droit de garder le silence garantis aux quatre intimés par l'art. 7 de la *Charte*, ainsi que de leur droit à un procès équitable garanti par l'al. 11d)».

59

After satisfying himself that he, rather than the eventual trial judge, had jurisdiction to grant *Charter* relief, Hallett J.A. stated that on the facts of this case the rights of the individual respondents must prevail over the interests of the state in proceeding expeditiously with the Inquiry. He rejected other proposed remedies on the grounds that they did not provide sufficient protection to those who were accused of crimes, and ordered that the public hearings of the Inquiry be stayed until the completion of the criminal investigations, and until all provincial charges and any criminal charges against the respondents had been disposed of by a trial court or stayed.

Persuadé que c'était lui et non le juge du procès éventuel qui était compétent pour accorder une réparation fondée sur la *Charte*, le juge Hallett a dit qu'étant donné les faits de l'espèce, les droits des individus intimés devaient l'emporter sur les intérêts de l'État dans le déroulement expéditif de l'enquête. Il a rejeté les autres réparations proposées pour le motif qu'elles n'offraient pas une protection suffisante à ceux qui étaient accusés de crimes, et il a ordonné la suspension des audiences publiques de l'enquête jusqu'à la fin des enquêtes criminelles et jusqu'à ce que toutes les accusations portées pour des infractions à des lois provinciales ou pour des infractions criminelles aient fait l'objet d'une décision judiciaire en première instance ou que les procédures aient été arrêtées.

IV. Issues on Appeal

1. Whether the decision of this Court in *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465, applies in the circumstances of this case such that the respondents Roger Parry and Gerald Phillips would be compellable witnesses at the Westray Inquiry.
2. Whether proceeding with the hearings of the Westray Mine Public Inquiry would give rise to an actual or an apprehended breach of s. 7 of the *Charter*.
3. Whether proceeding with the hearings of the Westray Mine Public Inquiry would give rise to an actual or an apprehended breach of s. 11(d) of the *Charter*.
4. If the answer to (2) or (3) is yes, whether a temporary stay of the public hearings is a just and

IV. Questions soulevées par le pourvoi

1. L'arrêt de notre Cour *Batary c. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465, est-il applicable aux circonstances du présent pourvoi, de sorte que les intimés Roger Parry et Gerald Phillips pourraient être contraints de témoigner à l'enquête Westray?
2. La tenue des audiences de l'enquête publique sur la mine de Westray donnerait-elle lieu à une violation réelle ou appréhendée de l'art. 7 de la *Charte*?
3. La tenue des audiences de l'enquête publique sur la mine de Westray donnerait-elle lieu à une violation réelle ou appréhendée de l'al. 11d) de la *Charte*?
4. Si la réponse à la deuxième ou à la troisième question est affirmative, la suspension des

appropriate remedy under s. 24(1) of the *Charter*?

V. Analysis

A. *Commissions of Inquiry*

Commissions of inquiry have a long history in Canada. This Court has already noted (*Starr v. Houlden, supra*, at pp. 1410-11) the significant role that they have played in our country, and the diverse functions which they serve. As *ad hoc* bodies, commissions of inquiry are free of many of the institutional impediments which at times constrain the operation of the various branches of government. They are created as needed, although it is an unfortunate reality that their establishment is often prompted by tragedies such as industrial disasters, plane crashes, unexplained infant deaths, allegations of widespread child sexual abuse, or grave miscarriages of justice.

At least three major studies on the topic have stressed the utility of public inquiries and recommended their retention: Law Reform Commission of Canada, Working Paper 17, *Administrative Law: Commissions of Inquiry* (1977); Ontario Law Reform Commission, *Report on Public Inquiries* (1992); and Alberta Law Reform Institute, Report No. 62, *Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act* (1992). They have identified many benefits flowing from commissions of inquiry. Although the particular advantages of any given inquiry will depend upon the circumstances in which it is created and the powers it is given, it may be helpful to review some of the most common functions of commissions of inquiry.

One of the primary functions of public inquiries is fact-finding. They are often convened, in the wake of public shock, horror, disillusionment, or scepticism, in order to uncover "the truth". Inquiries are, like the judiciary, independent; unlike the judiciary, they are often endowed with wide-ranging investigative powers. In following their man-

audiences publiques serait-elle une réparation juste et convenable au sens du par. 24(1) de la *Charte*?

V. Analyse

A. *Les commissions d'enquête*

Les commissions d'enquête existent depuis longtemps au Canada. Notre Cour a déjà souligné (*Starr c. Houlden, précité*, aux pp. 1410 et 1411) le rôle important qu'elles ont joué dans notre pays et les nombreuses fonctions qu'elles remplissent. En tant qu'organismes *ad hoc*, les commissions d'enquête sont libres d'un bon nombre des entraves institutionnelles qui limitent parfois l'action des diverses branches de gouvernement. Elles sont constituées pour répondre à un besoin, bien qu'il faille malheureusement admettre qu'elles doivent souvent leur existence à des tragédies comme un désastre industriel, des écrasements d'avions, des décès inexplicables de jeunes enfants, des allégations d'exploitation sexuelle d'enfants largement répandue ou des erreurs judiciaires graves.

Au moins trois études d'importance sur le sujet ont mis en évidence l'utilité des enquêtes publiques et ont recommandé qu'elles soient maintenues: Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 17, *Droit administratif: les commissions d'enquête* (1977); Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Public Inquiries* (1992); Alberta Law Reform Institute, Report No. 62, *Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act* (1992). D'après ces études, les commissions d'enquête présentent de nombreux avantages. Bien que ces avantages dépendent du contexte de la création de chaque commission et des pouvoirs qui lui sont conférés, il peut être utile de passer en revue certaines des fonctions les plus courantes de ces commissions.

L'une des principales fonctions des commissions d'enquête est d'établir les faits. Elles sont souvent formées pour découvrir la «vérité», en réaction au choc, au sentiment d'horreur, à la désillusion ou au scepticisme ressentis par la population. Comme les cours de justice, elles sont indépendantes; mais au contraire de celles-ci, elles sont

60

61

62

dates, commissions of inquiry are, ideally, free from partisan loyalties and better able than Parliament or the legislatures to take a long-term view of the problem presented. Cynics decry public inquiries as a means used by the government to postpone acting in circumstances which often call for speedy action. Yet, these inquiries can and do fulfil an important function in Canadian society. In times of public questioning, stress and concern they provide the means for Canadians to be apprised of the conditions pertaining to a worrisome community problem and to be a part of the recommendations that are aimed at resolving the problem. Both the status and high public respect for the commissioner and the open and public nature of the hearing help to restore public confidence not only in the institution or situation investigated but also in the process of government as a whole. They are an excellent means of informing and educating concerned members of the public.

souvent dotées de vastes pouvoirs d'enquête. Dans l'accomplissement de leur mandat, les commissions d'enquête sont, idéalement, dépourvues d'esprit partisan et mieux à même que le Parlement ou les législatures d'étudier un problème dans la perspective du long terme. Les cyniques dénigrent les commissions d'enquête, parce qu'elles seraient un moyen utilisé par le gouvernement pour faire traîner les choses dans des situations qui commanderaient une prompt intervention. Pourtant, elles peuvent remplir, et remplissent de fait, une fonction importante dans la société canadienne. Dans les périodes d'interrogation, de grande tension et d'inquiétude dans la population, elles fournissent un moyen d'informer les Canadiens sur le contexte d'un problème préoccupant pour la collectivité et de prendre part aux recommandations conçues pour y apporter une solution. Le statut et le grand respect dont jouit le commissaire, ainsi que la transparence et la publicité des audiences, contribuent à rétablir la confiance du public non seulement dans l'institution ou la situation visées par l'enquête, mais aussi dans l'ensemble de l'appareil de l'État. Elles constituent un excellent moyen d'informer et d'éduquer les citoyens inquiets.

63

This important characteristic was commented upon by Ontario Supreme Court Justice S. Grange following his inquiry into infant deaths at the Toronto Hospital for Sick Children:

I remember once thinking egotistically that all the evidence, all the antics, had only one aim: to convince the commissioner who, after all, eventually wrote the report. But I soon discovered my error. They are not just inquiries; they are *public* inquiries. . . . I realized that there was another purpose to the inquiry just as important as one man's solution to the mystery and that was to inform the public. Merely presenting the evidence in public, evidence which had hitherto been given only in private, served that purpose. The public has a special interest, a right to know and a right to form its opinion as it goes along. [Emphasis in original.]

(S. G. M. Grange, "How Should Lawyers and the Legal Profession Adapt?", in A. Paul Pross, Innis Christie and John A. Yogis, eds., *Commissions of*

Le juge S. Grange de la Cour suprême de l'Ontario a souligné cette importante caractéristique à la suite de son enquête sur le décès de jeunes enfants à l'hôpital pour enfants de Toronto:

[TRADUCTION] Je me souviens m'être un jour pris à penser égoïstement que toute la preuve présentée, tout ce cirque, ne visait qu'un but: convaincre le commissaire qui, après tout, rédigerait le rapport. Mais je me suis vite aperçu de mon erreur. Ce n'est pas seulement une enquête; c'est une enquête *publique*. [. . .] [J]e me suis rendu compte que l'enquête avait un autre but, tout aussi important que la solution qu'une seule personne allait proposer au mystère, celui d'informer la population. Simplement présenter en public la preuve qui avait jusqu'ici été produite à huis clos permettait d'atteindre ce but. La population a un intérêt particulier, le droit de savoir et le droit de se former une opinion au fur et à mesure. [En italique dans l'original.]

(S. G. M. Grange, «How Should Lawyers and the Legal Profession Adapt?», dans A. Paul Pross, Innis Christie et John A. Yogis, dir., *Commissions*

Inquiry (1990), 12 *Dalhousie L.J.* 151, at pp. 154-55.)

The public inquiry has been even more broadly characterized as serving a particular “social function” within our democratic culture:

... a commission ... has certain things to say to government but it also has an effect on perceptions, attitudes and behaviour. Its general way of looking at things is probably more important in the long run than its specific recommendations. It is the general approach towards a social problem that determines the way in which a society responds to it. There is much more than law and governmental action involved in the social response to a problem. The attitudes and responses of individuals at the various places at which they effect the problem are of profound importance.

What gives an inquiry of this kind its social function is that it becomes, whether it likes it or not, part of this ongoing social process. There is action and interaction. ... Thus this instrument, supposedly merely an extension of Parliament, may have a dimension which passes beyond the political process into the social sphere. The phenomenon is changing even while the inquiry is in progress. The decision to institute an inquiry of this kind is a decision not only to release an investigative technique but a form of social influence as well.

(Gerald E. Le Dain, “The Role of the Public Inquiry in our Constitutional System”, in Jacob S. Ziegel, ed., *Law and Social Change* (1973), 79, at p. 85.)

The investigative, educational and informative aspects of inquiries clearly benefit society as a whole. As well, many commissions of inquiry have, through their recommendations, achieved improvements in the particular situation being reviewed. Nonetheless, it cannot be forgotten that harsh and persuasive criticisms have been levelled against them. Every inquiry created must proceed carefully in order to avoid complaints pertaining to excessive cost, lengthy delay, unduly rigid procedures or lack of focus. More importantly for the purposes of this appeal is the risk that commissions of inquiry, released from many of the institutional constraints placed upon the various branches of government, are also able to operate free from the

of Inquiry (1990), 12 *Dalhousie L.J.* 151, aux pp. 154 et 155.)

Un auteur a poussé plus loin cette caractérisation et affirmé que l’enquête publique remplissait une «fonction sociale» particulière dans notre culture démocratique:

[TRADUCTION] ... une commission [...] a des choses à dire au gouvernement, mais elle a aussi un effet sur les perceptions, les attitudes et les comportements. Sa manière générale de voir les choses sera probablement plus importante avec le temps que ses recommandations précises. C’est le point de vue général sur un problème social qui détermine la réaction de la société. La réponse de la société à un problème met en cause bien plus que le droit et l’action gouvernementale. Les attitudes et les réactions des particuliers aux différents endroits où ils peuvent intervenir revêtent une profonde importance.

Ce qui donne à une enquête de ce genre sa fonction sociale c’est qu’elle devient, bon gré mal gré, une partie de ce processus social en cours. Il y a une action et une interaction. [...] Par conséquent, cet instrument, qui est censé n’être qu’un prolongement du Parlement, peut avoir une dimension qui dépasse le processus politique pour entrer dans le domaine social. Le phénomène évolue pendant que se déroule l’enquête. La décision d’instituer une enquête de ce genre est une décision non seulement de recourir à une technique d’enquête, mais encore d’exercer une influence sociale.

(Gerald E. Le Dain, «The Role of the Public Inquiry in our Constitutional System», dans Jacob S. Ziegel, dir., *Law and Social Change* (1973), 79, à la p. 85.)

De toute évidence, les enquêtes profitent à toute la société sur ces trois plans: établissement des faits, éducation et information. Par surcroît, beaucoup de commissions d’enquête ont, par leurs recommandations, permis d’améliorer la situation en cause. Néanmoins, on ne peut pas oublier qu’elles ont été l’objet de critiques dures et convaincantes. Chaque enquête doit être entourée de précautions visant à éviter les plaintes contre les coûts excessifs, les longs délais, la trop grande rigidité du fonctionnement ou l’éparpillement des efforts. Plus important, en ce qui a trait au présent pourvoi, il y a le risque que les commissions d’enquête, libérées d’un bon nombre des contraintes institutionnelles auxquelles sont assujetties les

safeguards which ordinarily protect individual rights in the face of government action. These are very real dangers that must be carefully considered. First, however, it may be helpful to examine the need for and the positive attributes of this inquiry.

66 Coal mining has been a vital contributor to the Nova Scotia economy for nearly three hundred years. Pictou County encompasses numerous small mining communities which owe their existence to the Foord seam into which the Westray mine was sunk. Several generations of Pictou County men have earned their livelihood as miners working in conditions that were always difficult and all too often dangerous. The first commercial mine was begun around 1807, and the area developed and grew in tandem with the coal mining industry. Companies established mining communities and recruited immigrants to work the mines. It was the coal which provided the cargo for the ships built locally and acted as an incentive for steel manufacturers to locate in Nova Scotia.

67 From the 1860s until the 1950s, coal was the source of livelihood for more inhabitants of Pictou County than any other industry or profession. With the opening of the Westray Mine, the apparently defunct Pictou County coal industry was revitalized. Coal became again a source of steady employment and income. It was once again the economic bulwark of the region. (See Judith Hoegg Ryan, *Coal in Our Blood* (1992), and James M. Cameron, *The Pictonian Colliers* (1974).)

68 Mining coal in this area of Nova Scotia is a hazardous undertaking. The depth of the seams and the pockets of methane gas contained in the coal have created dangerous and highly volatile working conditions for the miners. Despite sketchy early records, one author has estimated that more than 600 men have been killed in Pictou County mines since 1827: see Hoegg Ryan, *supra*, at p. 12. Probably the worst disaster was the Allan Shaft explosion of 1918, in which 88 men were killed. Caught between their economic need for the industry and their fear of its destructive nature, the inhabitants of Pictou County and their employers

diverses branches de gouvernement, soient aussi en mesure d'agir sans les garanties qui protègent d'ordinaire les droits individuels contre l'action gouvernementale. Ce sont des dangers très réels qu'il faut peser avec soin. Mais il est utile de nous arrêter d'abord à la nécessité et aux avantages de la présente enquête.

Les mines de charbon apportent une grande contribution à l'économie de la Nouvelle-Écosse depuis près de trois cents ans. Le comté de Pictou renferme plusieurs petites localités minières qui doivent leur existence au filon Foord qu'exploite la mine de Westray. Plusieurs générations d'hommes du comté de Pictou ont gagné leur vie en exerçant le métier de mineur dans des conditions toujours difficiles et trop souvent dangereuses. La première mine commerciale remonte aux environs de 1807 et la région s'est développée parallèlement aux charbonnages. Les sociétés minières ont bâti des villes et recruté des mineurs immigrants. Le charbon constituait la cargaison des navires construits sur place; il a en outre attiré des aciéries en Nouvelle-Écosse.

Des années 1860 aux années 1950, le charbon plus que toute autre industrie ou profession a été le gagne-pain des habitants du comté de Pictou. L'ouverture de la mine de Westray a ranimé les charbonnages du comté de Pictou qui semblaient moribonds. Le charbon est redevenu une source d'emplois et de revenus stables. Il était à nouveau le rempart économique de la région. (Voir Judith Hoegg Ryan, *Coal in Our Blood* (1992), et James M. Cameron, *The Pictonian Colliers* (1974).)

L'exploitation du charbon dans cette région de la Nouvelle-Écosse est une entreprise périlleuse. La profondeur des filons et les poches de méthane contenues dans le charbon ont créé des conditions de travail dangereuses et très précaires pour les mineurs. Malgré le caractère sommaire des premières archives, un auteur a estimé à plus de 600 le nombre des pertes de vies dans les mines du comté de Pictou depuis 1827: voir Hoegg Ryan, *op. cit.*, à la p. 12. Le pire désastre a probablement été l'explosion du puits Allan en 1918, qui a causé la mort de 88 hommes. Pris entre la nécessité économique de cette industrie et leur peur de sa nature

have struggled to develop safe mining practices. Unfortunately, the strongest impetus for the enactment, implementation and enforcement of safety regulation has been the tragic and recurring mine accidents.

As the appellant Commissioner observes in his factum, an inquiry has been created subsequent to every major mining disaster in the area since 1938 (as well as many before). The first inquiries were in the nature of coroner's inquests. Following the 1918 explosion in the Allan Shaft, the *Coal Mines Regulation Act* was amended to provide for the appointment of a "Special Examiner" to investigate mining disasters. It was common practice for both coroner's juries and special examiners to attempt to identify the cause of a disaster, to determine whether any blame should be assigned, and to make recommendations to avoid future accidents: see Cameron, *supra*, at pp. 200-245.

These inquiries were supplemented by both federal public inquiries into general matters affecting the coal mining industry and, later, by public inquiries into serious accidents: see Cameron, *supra*, at pp. 288-304. As early as 1895, the Nova Scotia Government commissioned Edwin Gilpin, Jr. to "enquire into the cause, history, and effects of fires in the Pictou Coal Mines". Many of the recent mining tragedies in Nova Scotia have been the subject of subsequent Royal Commissions. (See *Report of the Royal Commission Appointed to Inquire into the Explosion and Fire in No. 4 Mine at Springhill, N.S. on the 1st Day of November, 1956*; *Report of the Royal Commission Appointed to Inquire into the Upheaval or Fall or other Disturbance Sometimes Referred to as a Bump in No. 2 Mine at Springhill, in the County of Cumberland, Province of Nova Scotia, Operated by the Cumberland Railway and Coal Company, on the 23rd Day of October, A.D. 1958*; *Report to the Minister of Labour in the Matter of an Inquiry under Section 86 of the Canada Labour Code Concerning a Fire on June 19, 1975 in the No. 26 Colliery at Glace Bay, Nova Scotia*; *Report of Commission of*

destructrice, les habitants du comté de Pictou et leurs employeurs se sont efforcés d'élaborer des méthodes sûres d'exploitation des mines. Malheureusement, ce sont les multiples accidents tragiques qui ont été la principale incitation à prendre, à appliquer et à faire respecter une réglementation en matière de sécurité.

Comme le fait observer le commissaire appellant dans son mémoire, une enquête a suivi chaque désastre minier dans la région depuis 1938 (et un bon nombre avant cela). Au début, il s'est agi d'enquêtes du coroner. Après l'explosion de 1918 dans le puits Allan, la *Coal Mines Regulation Act* a été modifiée de sorte qu'un [TRADUCTION] «enquêteur spécial» soit nommé et chargé d'enquêter sur les désastres miniers. Suivant l'usage, les jurys du coroner et les enquêteurs spéciaux tâchaient simultanément de déterminer la cause du désastre, de vérifier s'il y avait lieu de jeter le blâme sur quelqu'un et de faire des recommandations destinées à prévenir d'autres accidents: voir Cameron, *op. cit.*, aux pp. 200 à 245.

À ces enquêtes se sont ajoutées des enquêtes publiques fédérales sur des questions générales touchant l'industrie houillère et, plus tard, des enquêtes publiques sur des accidents graves: voir Cameron, *op. cit.*, aux pp. 288 à 304. Dès 1895, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a mandaté Edwin Gilpin, Jr. pour [TRADUCTION] «enquêter sur la cause, les précédents et les effets des incendies dans les mines de charbon de Pictou». Nombre des tragédies récentes dans les mines de la Nouvelle-Écosse ont été l'objet de commissions royales d'enquête. (Voir *Report of the Royal Commission Appointed to Inquire into the Explosion and Fire in No. 4 Mine at Springhill, N.S. on the 1st Day of November, 1956*; *Report of the Royal Commission Appointed to Inquire into the Upheaval or Fall or other Disturbance Sometimes Referred to as a Bump in No. 2 Mine at Springhill, in the County of Cumberland, Province of Nova Scotia, Operated by the Cumberland Railway and Coal Company, on the 23rd Day of October, A.D. 1958*; *Report to the Minister of Labour in the Matter of an Inquiry under Section 86 of the Canada Labour Code Concerning a Fire on June 19, 1975 in the*

Inquiry: Explosion in No. 26 Colliery, Glace Bay, Nova Scotia, on February 24, 1979; Report of Investigation into Mine Rescue Operations at No. 26 Colliery Fire on April 5, 1984.) The appellant Commissioner suggested in oral argument that the long history of inquiries in Nova Scotia has created an expectation in the industry that any mining disaster will be followed by an inquiry.

No. 26 Colliery at Glace Bay, Nova Scotia; Rapport de la commission d'enquête sur l'explosion au charbonnage n° 26 de Glace Bay, Nouvelle-Écosse, le 24 février 1979; Report of Investigation into Mine Rescue Operations at No. 26 Colliery Fire on April 5, 1984.) Durant sa plaidoirie, le commissaire appelant a émis l'avis qu'en raison des nombreux précédents en Nouvelle-Écosse, on s'attend dans cette industrie à ce que tout désastre minier soit suivi d'une enquête.

71 Equally important are the expectations of the public. Many Nova Scotians have friends or family who are or have been affiliated with the mining industry. Those who do not are at least very much aware of its historic and economic importance. The concerns of the Westray families which arose in the wake of the May 9 explosion were shared by the whole of the province. The loss of faith in the practices of the mining industry and in the government regulatory processes relating to it has not been limited to the residents of Pictou County. The Westray disaster and the lack of progress of the Inquiry must be matters of concern for all caring Nova Scotians. The appellant Commissioner estimated that since the time of the explosion, about 860 articles relating to the incident have appeared in the two leading Halifax papers alone. This is evidence of the strong community interest in the Westray disaster. There is a clear and pressing public interest in having, as soon as possible, a broad and open investigation of the events leading up to the deaths of the miners. This is essential in order to reduce the fear that the same thing might happen again to other miners, to identify preventative measures, and to relieve the frustrations and concerns of the families of the victims. The longer this public inquiry is postponed, the greater the likelihood of increasing public disillusionment, frustration and mistrust.

Les attentes de la population présentent tout autant d'importance. Bon nombre de Néo-Écossais ont des amis ou des parents qui ont ou qui ont eu des liens avec l'industrie minière. Les autres sont à tout le moins bien au courant de son importance du point de vue historique et sur le plan économique. Les préoccupations des familles de Westray par suite de l'explosion du 9 mai ont été partagées par toute la province. Les habitants du comté de Pictou n'ont pas été les seuls à perdre confiance dans les pratiques de l'industrie minière et dans les processus de réglementation publics à ce chapitre. Le désastre de Westray et le piétinement de l'enquête peuvent être des sujets d'inquiétude pour tous les citoyens touchés. Le commissaire appelant a estimé que, depuis la date de l'explosion, environ 860 articles sur l'incident ont paru dans les deux principaux quotidiens de Halifax seulement. Voilà qui atteste que la collectivité est profondément affectée par le désastre de Westray. Il y va nettement de l'intérêt public qu'il y ait, le plus tôt possible, une enquête approfondie et transparente sur les faits qui ont précédé la mort des mineurs. Cette action est essentielle pour dissiper la crainte que d'autres mineurs ne subissent le même sort, pour définir des mesures préventives et pour soulager les frustrations et les inquiétudes des familles des victimes. Plus cette enquête publique sera reportée, plus les désillusions, les frustrations et la méfiance de la population sont susceptibles d'augmenter.

72 There is therefore a compelling community interest in proceeding expeditiously with the Inquiry. It must be determined in this appeal whether the protection of individuals, particularly those accused of crimes, guaranteed under the

L'intérêt de la collectivité rend donc impérieuse la nécessité de procéder promptement à l'enquête. Il s'agit de décider dans le présent pourvoi si la protection des individus, en particulier de ceux qui sont accusés de crimes, garantie par la *Charte* est

Charter is incompatible with the immediate resumption of the work of the Commission.

incompatible avec la reprise immédiate des travaux de la commission.

B. *Compellability of Witnesses and the Prohibition against Self-Incrimination*

B. *La contraignabilité des témoins et l'interdiction de l'auto-incrimination*

The issue which concerned the various Attorneys General participating in this case is whether, if the Inquiry were to proceed prior to any criminal trials, the mine managers could be compelled to testify before the Commissioner. After these reasons were circulated, the criminal trial began before a judge alone. Nevertheless, since a criminal trial and a public inquiry may still proceed concurrently, the compellability of the respondents before the public inquiry remains a live issue.

La question qui intéresse les divers procureurs généraux qui participent au présent pourvoi est de savoir si, au cas où l'enquête reprendrait avant les procès criminels, les directeurs de la mine pourraient être contraints de témoigner devant le commissaire. Après que les présents motifs eurent été distribués, le procès criminel a commencé devant un juge seul. Toutefois, comme il est encore possible qu'un procès criminel et une enquête publique se déroulent en même temps, la question de la contraignabilité des intimés à l'enquête publique se pose toujours.

73

Those parties who submitted that the stay of the Inquiry should be lifted were generally of the view that the subpoena powers of the Commissioner are unlimited. The notable exception amongst this group was the appellant United Steelworkers, which was prepared to concede that the two mine managers charged with *Criminal Code* offences would not be compellable witnesses before the Commissioner. The respondent mine managers argued that neither the two accused nor the remaining named individuals (since they may be suspected of having committed a criminal offence) would be compellable witnesses.

Les parties qui ont soutenu que la suspension de l'enquête devrait être levée étaient généralement d'avis que le commissaire jouissait de pouvoirs illimités quant à l'assignation de témoins. Parmi ce groupe, une exception mérite d'être notée, soit le syndicat des Métallurgistes unis d'Amérique appellant, qui était prêt à concéder que les deux directeurs de la mine accusés d'infractions au *Code criminel* ne pourraient pas être contraints de témoigner par le commissaire. Les directeurs de la mine intimés ont soutenu que ni les deux accusés ni les autres personnes nommées (puisqu'ils peuvent être soupçonnés d'avoir commis une infraction criminelle) ne seraient des témoins contraignables.

74

In light of the conclusions I have reached, nothing turns upon whether the individuals sought to be compelled to testify are accused or merely suspected of criminal offences, and I do not propose to dwell upon this distinction. The fact that I refer primarily to "accused" persons in the discussion which follows should not be taken as excluding, in appropriate situations, the use of the same approach for determining the compellability of "suspects" as well.

Vu les conclusions auxquelles je suis arrivé, il n'est pas utile de décider si les personnes que l'on veut contraindre à témoigner sont accusées ou simplement soupçonnées d'infractions criminelles et je n'entends pas m'étendre sur cette distinction. Parce que je parle principalement d'«accusés» dans les pages qui suivent, il ne faut pas croire que l'analyse que je fais ne vaut pas aussi, dans les cas qui s'y prêtent, pour la question de la contraignabilité des «suspects».

75

1. *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*1. *Batary c. Attorney General for Saskatchewan*

76

To a large extent the debate on this point has focused upon the current status of a decision rendered by this court nearly thirty years ago: *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, *supra*. In *Batary*, that part of the *Coroners Act*, R.S.S. 1953, c. 106, which purported to make an individual charged with murder a compellable witness at a coroner's inquest into the death of the person with whose murder he was charged was held to be *ultra vires* the Province of Saskatchewan. A majority of this Court was of the view that for a province to endow a coroner with such a power amounted to an infringement of the exclusive federal legislative authority in respect of the criminal law found in s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

Dans une large mesure, le débat sur ce point a été centré sur l'applicabilité d'un arrêt que notre Cour a rendu il y a près de trente ans: *Batary c. Attorney General for Saskatchewan*, précité. Dans cet arrêt, la Cour a déclaré que la partie de la *Coroners Act*, R.S.S. 1953, ch. 106, aux termes de laquelle une personne inculpée de meurtre était un témoin contraignable à l'enquête du coroner portant sur le décès de la victime, excédait les pouvoirs de la province de la Saskatchewan. À la majorité, notre Cour était d'avis qu'en investissant le coroner d'un tel pouvoir, la province portait atteinte à l'autorité exclusive du gouvernement fédéral en matière de droit criminel prévue au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

77

As the submissions in this case have demonstrated, the ratio and the continuing validity of *Batary* have been the subject of fierce debate. Despite the fact that the case turned on a division of powers point and that subsequent decisions of this Court (see for example *Faber v. The Queen*, *supra*, and *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152) appear to have limited its scope, the mine managers contend that *Batary* applies in these circumstances. Other parties suggest that *Batary* is either distinguishable or obsolete, and in any event is no obstacle to the compellability of witnesses at the Westray Inquiry.

Comme le montrent les arguments avancés dans le présent pourvoi, le fondement et la valeur actuelle de l'arrêt *Batary* ont été l'objet d'un débat acharné. En dépit du fait qu'il portait sur le partage des pouvoirs et que des arrêts plus récents de notre Cour (voir par exemple *Faber c. La Reine*, précité, et *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152) semblent en avoir limité la portée, les directeurs de la mine prétendent que l'arrêt *Batary* s'applique dans le cas présent. D'autres parties affirment que la situation n'était pas la même dans l'arrêt *Batary* ou qu'il est dépassé et que, de toute façon, il ne fait pas obstacle à la contraignabilité des témoins dans le cadre de l'enquête Westray.

78

In addition to examining the status of *Batary*, it is also necessary to consider the extent to which the *Charter* now provides additional protections to accused persons in proceedings other than their own criminal trial. The task of fully investigating these difficult questions has recently been very ably undertaken by my colleagues Iacobucci J. in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, and Sopinka and Iacobucci JJ. in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3. These reasons provide great assistance and guidance in resolving the issue of compellability.

Outre la valeur de l'arrêt *Batary*, il est nécessaire de déterminer dans quelle mesure les personnes accusées jouissent, dans d'autres procédures que leur propre procès criminel, des protections additionnelles prévues par la *Charte*. Mes collègues le juge Iacobucci dans l'arrêt *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, et les juges Sopinka et Iacobucci dans l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, ont fait avec beaucoup d'acuité l'étude exhaustive de ces questions difficiles. Ces motifs nous sont d'un grand secours et nous guident dans l'examen de la question de la contraignabilité.

As Iacobucci J. explained at pp. 525 ff. of *S. (R.J.)*, the majority in *Batary* may have erred in determining compellability by focusing upon the status of an individual in other proceedings (i.e., a criminal prosecution). Regardless of whether or not *Batary* was correctly decided, the important point to remember is that any court faced with a question of compellability must investigate the nature of the proceedings in which the testimony is sought to be compelled rather than merely looking to the status of the individual subject to a subpoena. This approach also applies under the *Charter*, although the various rights guaranteed under ss. 7, 11(d), and 13 afford an accused greater protection than he or she was previously guaranteed.

2. Analysis to be followed in light of *S. (R.J.)* and *British Columbia Securities Commission v. Branch*

The fundamental principle which guides the analysis concerning compellability is the long cherished principle prohibiting self-incrimination. That principle has been described in *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, and *S. (R.J.)*, at pp. 488 ff. This same principle finds expression in ss. 11(c) and 13 of the *Charter*, as well as in the residual protections contained in s. 7. The paramount concern is to ensure that the state is not permitted to conscript individuals against themselves. Rather, the state must always be subject to a positive obligation to establish a case to meet against the accused through other sources or only with the informed and voluntary cooperation of the accused. In order to ensure compliance with these principles, the court must strive to identify the extent to which they may be jeopardized by compelled testimony outside a criminal trial. Like Iacobucci J. at pp. 535-36 of *S. (R.J.)*, I adopt the following passage from Ed Ratushny, "The Role of the Accused in the Criminal Process", in Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989), at p. 484, as illustrative of the type of mischief which can result from compelled testimony:

Comme l'explique le juge Iacobucci aux pp. 525 et suiv. de l'arrêt *S. (R.J.)*, la majorité a peut-être fait une erreur dans son examen de la contraignabilité dans l'arrêt *Batary* en mettant l'accent sur la situation juridique d'une personne dans d'autres instances (c'est-à-dire dans des poursuites au criminel). Peu importe que l'arrêt *Batary* soit correct ou non, il ne faut surtout pas oublier que tout tribunal appelé à trancher une question de contraignabilité doit analyser la nature de l'instance dans laquelle le témoignage doit être fait plutôt que de s'en tenir à la situation juridique de la personne visée par l'assignation. Cette solution vaut aussi sous le régime de la *Charte*, bien que les divers droits garantis par les art. 7 et 13 et par l'al. 11d) accordent aux accusés une plus grande protection qu'auparavant.

2. Analyse commandée par les arrêts *S. (R.J.)* et *British Columbia Securities Commission c. Branch*

Le principe fondamental qui nous guide pour l'analyse relative à la contraignabilité est le principe vénéré qui interdit l'auto-incrimination. Ce principe a été décrit dans les arrêts *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, et *S. (R.J.)* (aux pp. 488 et suiv.). On retrouve le même principe dans les dispositions de l'al. 11c) et de l'art. 13 de la *Charte*, de même que dans les garanties résiduelles que comporte l'art. 7. Il importe avant tout de faire en sorte que l'État ne soit pas autorisé à mobiliser les individus contre eux-mêmes. L'État doit plutôt avoir en tout temps l'obligation positive de prouver l'accusation en recourant à d'autres sources ou seulement en obtenant la coopération éclairée et volontaire de l'accusé. Pour assurer le respect de ces principes, le tribunal doit s'efforcer de cerner dans quelle mesure ils peuvent être compromis par un ordre de témoigner dans une autre procédure qu'un procès criminel. À l'instar du juge Iacobucci, aux pp. 535 et 536 dans *S. (R.J.)*, je fais miens les propos qui suivent de Ed Ratushny, «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle», dans Gérald-A. Beaudoin et Ed Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd. 1989), à la p. 541, qui illustrent le préjudice auquel est exposé l'accusé contraint à témoigner:

The earlier hearing might be used as a "fishing expedition" to subject the witness to extensive questioning with a view to uncovering possible criminal conduct. The questioning might also be used to investigate a particular offence. For example, the accused might be required to reveal possible defences, the names of potential defence witnesses and other evidence. Moreover, the publicity generated by the hearing may seriously prejudice the likelihood of a fair trial.

The problem is that the initial hearing is likely to have none of the protections guaranteed by the criminal process. There will be no specific accusation, no presumption of innocence, no protections against prejudicial publicity, no rules of evidence and so on.

Il est possible qu'on utilise la procédure comme une «expédition de pêche» où l'on interrogera le témoin de façon serrée pour tenter de découvrir s'il a déjà participé à des infractions. Ou encore, on tentera de voir s'il a participé à une infraction en particulier. L'accusé pourrait, par exemple, être obligé de révéler ses défenses possibles, le nom de personnes qui pourraient être appelées comme témoin de la défense ainsi que d'autres preuves. De plus, la publicité que susciterait l'audition risque de compromettre ses chances d'avoir un procès équitable.

Le problème vient de ce que cette première procédure ne comportera sans doute pas les garanties du procès criminel. Il n'y aura pas d'accusation précise, pas de présomption d'innocence, pas de protection contre la publicité préjudiciable, les règles de la preuve ne joueront pas en sa faveur et ainsi de suite.

81 At the outset, it must be emphasized that a witness who is compelled to testify is not bereft of protection against self-incrimination. Pursuant to this Court's reasons in *S. (R.J.)* and *Branch*, a witness who is compelled to testify will receive the protection of s. 13 of the *Charter* against the self-incriminatory use of his or her testimony and, as well, protection under s. 7 of the *Charter* against the use of evidence which has been derived from that testimony.

Il y a lieu de souligner, d'entrée de jeu, qu'une personne contrainte à témoigner n'est pas privée de protection contre l'auto-incrimination. À la suite des motifs de notre Cour dans les arrêts *S. (R.J.)* et *Branch*, une personne contrainte à témoigner bénéficie de la protection de l'art. 13 de la *Charte* contre une utilisation de son témoignage qui pourrait l'auto-incriminer, ainsi que de la protection de l'art. 7 de la *Charte* contre l'utilisation de la preuve dérivée de ce témoignage.

82 In *S. (R.J.)* and *Branch*, this Court recognized the need to strike an appropriate balance between the state's interest in obtaining the evidence for a valid public purpose and the individual's right to remain silent and to have a fair trial. To that end, a two-stage analysis has been developed to ascertain whether a witness is compellable in particular proceedings. First, the court must consider the importance to the state of obtaining compelled testimony from the witness. As noted in *Branch*, at p. 15, "the crucial question is whether the predominant purpose for seeking the evidence is to obtain incriminating evidence against the person compelled to testify or rather some legitimate public purpose." Second, even where the purpose of compelling testimony is valid, it is necessary to assess the prejudicial effect of such compulsion upon the witness.

Dans les arrêts *S. (R.J.)* et *Branch*, notre Cour a reconnu la nécessité d'atteindre un équilibre approprié entre l'intérêt qu'a l'État à obtenir le témoignage dans un but public valable et le droit du particulier de garder le silence et de bénéficier d'un procès équitable. À cette fin, une analyse en deux étapes a été élaborée dans le but de déterminer si un témoin est contraignable dans des procédures données. Premièrement, le tribunal doit évaluer l'importance que présente pour l'État l'obtention du témoignage par la contrainte. Comme l'indique l'arrêt *Branch*, à la p. 15, «la question cruciale y est de savoir si la demande de témoignage a pour objet prédominant d'obtenir des éléments de preuve incriminants contre la personne contrainte à témoigner, ou si elle vise une autre fin publique légitime.» Deuxièmement, même lorsque le but pour lequel la personne est contrainte de témoigner est valable, il faut évaluer l'effet préjudiciable de cette contrainte sur le témoin.

The first stage of this analysis involves a consideration of the nature and public importance of the proceedings, the purposes for which the compelled testimony is sought, and the likely importance of that testimony. *Branch* provides guidelines for determining the predominant purpose of obtaining evidence in a non-criminal proceeding in these words at p. 15:

Where evidence is sought for the purpose of an inquiry, we must first look to the statute under which the inquiry is authorized. The fact that the purpose of inquiries under the statute may be for legitimate public purposes is not determinative. The terms of reference may reveal an inadmissible purpose notwithstanding that the statute did not so intend: see *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366. Indeed, even if the terms of reference authorize an inquiry for a legitimate purpose in some circumstances, the object of compelling a particular witness may still be for the purpose of obtaining incriminating evidence.

The same case recognized, at p. 16, that when the purpose for calling a particular witness is not readily apparent, it may often be inferred from the overall effect of the evidence proposed to be called:

If the overall effect is that it is of slight importance to the proceeding in which it is compelled but of great importance in a subsequent proceeding against the witness in which the witness is incriminated, then an inference may be drawn as to the real purpose of the compelled evidence. If that relationship is reversed then no such inference may be drawn.

If, at this stage, the court is of the opinion that the proceedings are undertaken or functioning primarily in such a way as to obtain evidence for the prosecution of the witness, then s. 7 requires that the accused person be exempted from testifying. To allow the authorities to utilize separate proceedings as a substitute for a criminal investigation amounts to a breach of the fundamental requirement that the state must build its case without the unwilling assistance of the accused, and is incompatible with s. 7. In those situations, there is no need to proceed further with the analysis. The accused person will not be a compellable witness. I wish to point out, however, that the situations in

La première étape de cette analyse comporte un examen de la nature et de l'importance publique des procédures, des buts dans lesquels le témoignage forcé est recherché et de l'importance probable de ce témoignage. L'arrêt *Branch* donne des lignes directrices suivantes, à la p. 15, pour déterminer l'objet prédominant de l'obtention du témoignage dans une procédure non criminelle:

Lorsque le témoignage est demandé aux fins d'une enquête, nous devons d'abord examiner la loi qui autorise la tenue de cette enquête. Le fait que les enquêtes tenues en vertu de la loi puissent viser des fins publiques légitimes n'est pas déterminant. Le mandat peut révéler un objet inacceptable, même si cela n'était pas voulu dans la loi: voir *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366. En fait, même si le mandat prévoit la tenue d'une enquête à une fin légitime dans certaines circonstances, la contrainte à témoigner exercée contre une personne donnée peut quand même viser à obtenir des éléments de preuve incriminants.

Dans ce même arrêt, on a reconnu à la p. 16 que lorsque le but poursuivi en assignant une personne particulière à témoigner n'est pas si évident, il peut souvent être inféré de l'effet global du témoignage que l'on se propose de recueillir:

Si, de par son effet global, le témoignage a peu d'importance aux fins des poursuites au cours desquelles la personne est contrainte à témoigner, mais revêt une grande importance dans des procédures ultérieures engagées contre le témoin qui est alors incriminé, une déduction peut alors être faite quant à l'objet réel du témoignage forcé. Dans la situation inverse, on ne peut pas faire une telle déduction.

Si le tribunal estime alors que la procédure est utilisée principalement pour soutirer des éléments de preuve servant à poursuivre le témoin, l'art. 7 exige dans ce cas que l'accusé soit soustrait à l'obligation de témoigner. Permettre aux autorités d'utiliser une procédure distincte au lieu d'une enquête criminelle équivaut à porter atteinte à l'exigence fondamentale selon laquelle l'État doit faire sa preuve sans que l'accusé soit forcé de l'y aider et est incompatible avec l'art. 7. S'il s'agit d'un cas de cette nature, il est inutile de poursuivre l'analyse. L'accusé ne sera pas un témoin contraignable. Je tiens toutefois à souligner que les cas où une personne est contrainte de témoigner dans un

83

84

85

which an improper purpose for compelling evidence arises may be infrequent: see, for example, *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (B.C.C.A.), and *Buffalo v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (1994), 86 F.T.R. 1. Where, on the other hand, the court finds that the proceedings in question were created to achieve goals of substantial public importance and not to further a criminal prosecution, it must continue to the second stage of the analysis.

but inapproprié seront probablement rares: voir par exemple *Haywood Securities Inc. c. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (C.A.C.-B.), et *Buffalo c. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (1994), 86 F.T.R. 1. Par contre, si le tribunal estime que la procédure en cause a pour but de réaliser des objectifs de grande importance pour le bien public et non de favoriser des poursuites au criminel, il doit alors passer à la deuxième étape de l'analyse.

86 The second stage of the analysis requires the court to balance the rights of the individual accused against the interests of the state in receiving the compelled testimony in a way which ensures that all the requirements of the *Charter* are upheld. The result of the balancing will depend upon the circumstances of each case. The reasons in *Branch*, at p. 16, provided some guidelines to this end:

If it is shown that the only prejudice is the possible subsequent derivative use of the testimony then the compulsion to testify will occasion no prejudice for that witness. The witness will be protected against such use. Further, if the witness can show any other significant prejudice that may arise from the testimony such that his right to a fair trial will be jeopardized, then the witness should not be compellable.

What must now be done is to apply the principles set out in *S. (R.J.)* to the situation presented on this appeal.

3. Application of the Principles

Pour cette étape, le tribunal doit également soulever les droits de l'accusé et ceux de l'État qui veut obtenir le témoignage par la contrainte, de façon que toutes les exigences de la *Charte* soient respectées. Le résultat de cette pondération dépendra des circonstances de chaque cas. On trouve dans l'arrêt *Branch*, à la p. 16, des lignes directrices à cette fin:

S'il est établi que le seul préjudice est la possibilité que les éléments de preuve dérivée, obtenus grâce au témoignage, soient utilisés ultérieurement, alors la contrainte à témoigner ne causera aucun préjudice au témoin en question. Celui-ci sera protégé contre une telle utilisation. De plus, le témoin qui peut établir que son témoignage risque de causer un autre préjudice important susceptible de compromettre son droit à un procès équitable ne devrait pas être contraignable.

Il s'agit maintenant d'appliquer les principes énoncés dans l'arrêt *S. (R.J.)* à la situation en cause dans le présent pourvoi.

3. Application des principes

Les directeurs accusés prétendent que leur procès criminel sera compromis, parce que la preuve présentée à l'enquête, qui n'est pas soumise aux règles relatives à l'admissibilité de la preuve dans les procès criminels, sera ultérieurement utilisée contre eux. Ce résultat sera, selon eux, inévitable car le chevauchement des accusations criminelles et du mandat de la commission d'enquête est tel que les conclusions du commissaire équivaldront à une imputation de responsabilité criminelle. En outre, s'ils sont contraints de témoigner, leur propre témoignage peut mener les autorités à d'autres

87 The accused managers claim that their criminal trial will be compromised because evidence introduced at the Inquiry, which is not subject to the rules governing the admissibility of evidence in criminal trials, will later be used against them. This, they say, will be the inevitable result because the overlap between the criminal charges and the mandate of the Inquiry is so great that the findings of the Commissioner will be tantamount to findings as to criminal responsibility. Further, as a consequence of being forced to speak, their own testimony may lead the authorities to other evi-

dence which can later be used against them at trial. It is important to note, however, that these concerns focus more upon the detrimental effects of the publication of Inquiry evidence and its conclusions rather than upon the mere conduct of the proceedings. Yet, as will be seen, I think that s. 11(d) of the *Charter* can adequately protect the accused and provides an answer to their concerns.

The first stage of the analysis requires that the public interest in obtaining the compelled testimony be identified. The nature and purpose of the Inquiry must be examined. In this case the division of powers issue has already been decided. The Court of Appeal found that the Inquiry came within the jurisdiction of the province. Leave to appeal on that issue was refused by this Court. In discussing the nature of the Westray Inquiry, Hallett J.A. was of the opinion, at pp. 224-25, that the Commissioner's legislative mandate is:

... to conduct a wide-ranging inquiry which includes investigation, of the role of, not only the managers and supervisory personnel at the mine, but inspectors of the Department of Labour charged with the responsibility of monitoring the operation of the mine. He is directed to inquire into the geological structure in the area where the mine is located, and whether neglect caused or contributed to the explosion. By implication he is to inquire into and report on the adequacy of the existing legislation regulating coal mines. He is empowered to inquire into "all other matters relating to the establishment and operation of the mine"; to report and make recommendations.

In other words, the primary purposes of the Inquiry are to identify the causes of the explosion, to determine whether or not it could have been prevented, and to suggest the means for preventing the recurrence of such a disaster. Its aim is not to conduct a criminal investigation or assign criminal responsibility.

These purposes are of very significant public importance. The mandate of the Inquiry is of a similar nature to the types of proceedings which the Law Reform Commission of Canada has sug-

éléments de preuve qui pourront servir contre eux au procès. Il importe cependant de noter que ces inquiétudes se rapportent davantage aux effets préjudiciables de la publication de la preuve recueillie dans le cadre de l'enquête et de ses conclusions, qu'à la simple tenue de l'enquête. Pourtant, comme nous le verrons, je crois que l'al. 11d) de la *Charte* protège suffisamment les accusés et permet de dissiper leurs inquiétudes.

La première étape de l'analyse nous oblige à préciser en quoi il y va de l'intérêt public d'obtenir des témoignages par la contrainte. Il faut prendre en considération la nature et le but de l'enquête. Dans la présente espèce, la question du partage des pouvoirs a déjà été tranchée. La Cour d'appel a conclu que l'enquête relevait de la compétence de la province. Notre Cour a refusé l'autorisation de pourvoi sur ce point. Le juge Hallett, qui a examiné la nature de l'enquête Westray, a déclaré, aux pp. 224 et 225, que le mandat donné au commissaire par la loi était le suivant:

[TRADUCTION] ... faire une enquête approfondie qui comprend l'examen du rôle non seulement des directeurs et du personnel de surveillance de la mine, mais aussi des inspecteurs du ministère du Travail chargés de la surveillance de l'exploitation de la mine. Il a pour mission d'étudier la structure des couches géologiques de la région où se trouve la mine et de déterminer si la négligence a pu causer l'explosion ou y contribuer. Implicitement, il est chargé de décider si les lois réglementant les mines de charbon sont suffisantes. Il a le pouvoir d'étudier «toutes autres questions concernant l'établissement et l'exploitation de la mine», de faire rapport de ses conclusions et de présenter des recommandations.

Autrement dit, les objectifs premiers de l'enquête sont de trouver les causes de l'explosion, de déterminer si elle aurait pu être évitée et de proposer des moyens d'empêcher que pareil désastre ne se reproduise. Son but n'est pas de faire une enquête criminelle ni d'imputer une responsabilité criminelle.

Ces objectifs sont très importants au regard du bien public. Le mandat de la commission d'enquête est de la même nature que l'objet des procédures dont la Commission de réforme du droit du

gested in its Working Paper 17, at p. 31, are important enough to warrant broad investigatory powers:

What is of “substantial public importance”? A new statute should not list categories of such matters; legislative life being what it is, inevitably such a list would quickly prove incomplete and obstructive. In most instances, however, whether a given matter is of such a kind should be evident. Does it involve, for example, serious accusations of incompetence or venality in government itself? Serious breakdown in the implementation or administration of an established government policy? Natural disaster badly handled or an unexplained serious accident? It is fair to say that, although one cannot anticipate all questions that can reasonably be deemed to be of substantial public importance, “one will know one when one sees one”. [Emphasis added; quoted at pp. 538-39 of the majority reasons in *S. (R.J.)*.]

Canada a dit, dans son document de travail 17, aux pp. 32 et 33, qu’elles sont assez importantes pour justifier de larges pouvoirs d’enquête:

Quelles sont les questions «importantes pour le bien public»? Il n’y a pas lieu pour la nouvelle loi d’énumérer les catégories; les possibilités d’évolution de la législation étant ce qu’elles sont, une telle énumération serait bientôt jugée incomplète et gênante. Dans la plupart des cas, toutefois, l’importance d’une question donnée ne devrait pas faire de doute. Parmi les hypothèses susceptibles de faire envisager la création d’une commission d’enquête, on peut penser à de graves accusations d’incompétence ou de vénalité à l’intérieur de l’administration, à de graves insuffisances dans la mise en œuvre ou l’application d’une décision politique, ou à un désastre naturel auquel on n’a pas su faire face ou un grave accident demeuré sans explication. On peut raisonnablement penser que même si l’on ne peut prévoir toutes les questions susceptibles d’être jugées importantes pour le bien public, on saura les reconnaître lorsqu’il s’en présentera. [Je souligne; passage cité aux pp. 538 et 539 des motifs de la majorité dans l’arrêt *S. (R.J.)*.]

90 In this case the magnitude of the tragedy, its impact throughout Nova Scotia, the extensive publicity which has followed the explosion and accompanied the progress of the Inquiry, and the undeniable importance of the mining industry to the Nova Scotia economy all emphasize the great public significance of the inquiry. The public interest in learning the truth about what happened includes a very real desire to obtain all of the relevant information in as timely a manner as possible. The scale of this disaster and its widespread impact are of such a notable and exceptional nature that the strong and continuing community interest in holding an open inquiry must be given ample weight.

En l’espèce, l’ampleur de la tragédie, son impact sur l’ensemble de la Nouvelle-Écosse, la publicité abondante qui a suivi l’explosion et accompagné le déroulement de l’enquête et l’importance indéniable de l’industrie minière dans l’économie néo-écossaise sont tous des facteurs qui mettent en évidence l’importance considérable de l’enquête pour le bien public. L’intérêt qu’a la population à connaître la vérité sur les faits englobe un désir très réel d’obtenir toute l’information pertinente le plus tôt possible. L’étendue du désastre et ses répercussions généralisées sont d’une nature tellement marquante et exceptionnelle qu’il faut accorder beaucoup de poids à l’intérêt manifesté avec vigueur et persistance par la collectivité dans la tenue d’une enquête transparente.

91 Under the second stage of the analysis, there are three important factors which must be considered in the effort to achieve a fair balance between the threat to individual rights and the public interest in compelling testimony. First, to conduct the inquiry without full access to the information which will be provided by the testimony of the two most senior mine managers would severely impair the effectiveness of the Inquiry. More importantly, it

La deuxième étape de l’analyse comporte trois facteurs importants à prendre en considération pour tenter de réaliser un juste équilibre entre la menace pour les droits individuels et l’intérêt public dans l’obtention de témoignages par la contrainte. Premièrement, mener l’enquête sans le plein accès à l’information que fournira le témoignage des directeurs titulaires des deux postes les plus élevés nuirait gravement à l’efficacité de l’en-

would aggravate rather than assuage the public cynicism concerning the ability of government to protect industrial labourers adequately or to investigate the circumstances surrounding this tragedy properly. A good deal of the public interest in proceeding with the Inquiry is therefore dependent upon the Inquiry having access to the testimony of the respondents.

Second, the long-standing and unique Canadian approach to the problems of compelling witnesses to testify must be considered. As explained in *S. (R.J.)*, at p. 534, “the Canadian solution is to couple compellability with protection in the form of evidentiary immunity”, and our Constitution is “willing to permit a unique balancing of individual and societal interests”. This situation has not been altered by the passage of the *Charter*, which has instead added to the protections enjoyed by an accused. Thus, s. 11(c) provides that an accused is not compellable at his own trial and s. 13 prevents any evidence given by an accused in prior proceedings from being introduced at that trial. Further, the residual guarantees contained in s. 7 can prevent evidence discovered or appreciated by the authorities as a result of the earlier testimony from being introduced at the later criminal trial. Witnesses subpoenaed before the Westray Inquiry are protected against the subsequent use of that testimony at their later criminal trial by s. 13 of the *Charter*, without having to request such protection expressly. They are also protected against the use of certain types of evidence which would not be discovered by the authorities “but for” the earlier compelled testimony of the witnesses. (See the discussion of the derivative use immunity contained at pp. 544-66 of *S. (R.J.)*.) Although, as stated in *Branch*, the issue of improper purpose may be raised at the subpoena stage, it will be difficult to establish at that point since the true purpose of the evidence will often not be apparent until the subsequent proceeding.

quête. Fait plus important encore, cela augmenterait au lieu d’atténuer le cynisme de la population à l’égard de la capacité du gouvernement de protéger adéquatement les travailleurs ou d’enquêter comme il se doit sur les circonstances de cette tragédie. L’intérêt public dans la poursuite de l’enquête dépend donc en grande partie de l’accès au témoignage des intimés dans le cadre de l’enquête.

Deuxièmement, il y a lieu de prendre en considération le point de vue particulier adopté au Canada depuis longtemps quant aux problèmes que pose la contraignabilité des témoins. Comme cela est expliqué dans l’arrêt *S. (R.J.)*, à la p. 534, «la solution canadienne consiste à conjuguer la contraignabilité avec la protection sous forme d’immunité relative à la preuve» et notre Constitution «est disposé[e] à permettre l’établissement d’un équilibre unique entre les intérêts du particulier et ceux de la société». L’adoption de la *Charte* n’a pas modifié cette situation, celle-ci n’ayant plutôt qu’augmenté les protections dont jouissent les accusés. Ainsi, l’al. 11c) dit que l’inculpé ne doit pas être contraint de témoigner à son propre procès et l’art. 13 empêche l’utilisation au procès du témoignage qu’il a donné dans une autre procédure. De plus, les garanties résiduelles contenues à l’art. 7 peuvent empêcher l’utilisation au procès criminel des éléments de preuve découverts ou évalués par les autorités par suite du témoignage antérieur. Les témoins assignés dans le cadre de l’enquête Westray sont protégés contre l’utilisation ultérieure de leur témoignage à leur procès criminel par l’art. 13 de la *Charte*, sans qu’ils aient à s’en prévaloir expressément. Ils sont aussi protégés contre l’utilisation de certains types de preuve qui n’auraient pas été découverts par les autorités «n’eût été» le témoignage qu’ils ont été contraints de faire antérieurement. (Voir l’analyse de l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée aux pp. 544 à 566 de l’arrêt *S. (R.J.)*.) Bien que, comme il est souligné dans *Branch*, la question de l’objet inapproprié peut être soulevée à l’étape de l’assignation, ce point sera difficile à établir à cette étape puisque l’objet véritable du témoignage ne deviendra souvent évident qu’à la procédure ultérieure.

93

At this point, it may be helpful to examine briefly the protection against the use of derivative evidence. Although the issue is not, at this stage, directly before the Court, it may be helpful to say something about the broad scope of the protections afforded to an accused at a later stage in the proceedings. In *S. (R.J.)*, Iacobucci J. noted the semantic difficulties involved in any attempt to define "derivative evidence". He therefore proposed instead not a definition of the term, but rather a test to identify the types of derivative evidence which should be excluded at a later criminal trial. This approach (at p. 561) excludes "evidence which could not have been obtained, or the significance of which could not have been appreciated, but for the testimony of a witness". This "but for" test is to be applied in a flexible and practical manner at the discretion of the trial judge. The burden of proving that the admission of this evidence would violate the residual protection against self-incrimination found in s. 7 rests with the accused person claiming the violation. However, as a practical matter, much of the evidentiary burden will be borne by the Crown. This must follow since once the accused can point to a "plausible connection" between the compelled testimony and the evidence, then realistically only the Crown will have access to information as to how the evidence was obtained. This is the test which will eventually have to be applied at the criminal trial of the respondents Gerald Phillips and Roger Parry should they claim that evidence relied upon by the Crown was derived from their earlier testimony given at the Westray Inquiry.

Il peut être utile de s'arrêter un peu sur la protection contre l'utilisation de la preuve dérivée. Bien qu'à ce moment-ci, notre Cour ne soit pas directement saisie de cette question, il peut être utile de dire quelque chose au sujet de l'étendue des protections offertes aux accusés à une étape postérieure de la procédure. Dans l'arrêt *S. (R.J.)*, le juge Iacobucci a souligné les difficultés d'ordre sémantique liées à toute tentative de définir le terme «preuve dérivée». Il a donc proposé, au lieu d'une définition, un critère permettant de recenser les types de preuve dérivée qui devraient être écartés au procès criminel. Selon cette méthode (à la p. 561), serait écartée «la preuve [...] qui n'aurait pas pu être obtenue, ou dont on n'aurait pas pu apprécier l'importance, n'eût été le témoignage d'une personne». Le juge du procès doit, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, appliquer ce critère («n'eût été») de manière souple et pratique. C'est à l'accusé qui invoque la violation de prouver que l'utilisation de cette preuve violerait la protection résiduelle contre l'auto-incrimination offerte par l'art. 7. Toutefois, en pratique, la charge de la preuve revient en grande partie au ministère public. Cela s'impose étant donné qu'une fois que l'accusé a pu établir «l'existence plausible d'un lien» entre le témoignage fait sous la contrainte et la preuve, seul le ministère public a accès aux renseignements qui permettent de savoir comment la preuve a été obtenue. C'est ce critère qu'il faudra en fin de compte appliquer au procès criminel des intimés Gerald Phillips et Roger Parry s'ils soutiennent que la preuve invoquée par le ministère public est dérivée de leur témoignage antérieur recueilli à l'enquête Westray.

94

There are as well other protections available under the *Charter* to an accused compelled to testify before a public inquiry. Section 11(d) allows an accused to seek limits upon the publication of inquiry proceedings while they are continuing. In cases of severe prejudice, an accused can seek a stay of the criminal charges if the inquiry is found to function primarily as a substitute for a proper criminal investigation or if the accused can demonstrate that he can no longer obtain a fair trial

L'accusé qui a été contraint de témoigner dans le cadre d'une enquête publique bénéficie d'autres protections sous le régime de la *Charte*. L'alinéa 11d) permet à l'accusé de demander que la publication des comptes rendus de l'enquête pendant qu'elle suit son cours fasse l'objet de restrictions. En cas de préjudice grave, l'accusé peut demander à un tribunal d'arrêter les poursuites au criminel s'il estime que l'enquête vise principalement à atteindre les buts d'une enquête criminelle en

as a result of adverse publicity pertaining to the inquiry.

Therefore, although there is no absolute rule that all witnesses other than accused at their own trials are compellable, there is a presumption in our system of criminal justice that persons will in fact be compellable witnesses. Any harm which may be suffered by a witness as a result of compelled testimony can be avoided by granting the appropriate *Charter* remedy short of testimonial immunity. If this approach is adopted, *Charter* relief can be properly tailored to the actual harm suffered. Further, the search for truth is promoted by such a system which couples a principle of broad compellability with *Charter* protections for the witness in subsequent criminal proceedings.

The third factor relevant to the balance which must be struck between the rights of the individual mine managers and the public interest in proceeding with a full inquiry with compelled testimony is the consideration of the role of government in the circumstances of this case. There are, in this case, two separate sets of proceedings; one is a public inquiry and the other is a criminal trial. They are initiated by the government, which is ultimately responsible for their conduct. There is clearly a strong public interest in proceeding with the Inquiry, but there is also a public interest in seeing that those guilty of criminal offences are brought to trial. Even if, in the circumstances of this case, there is a reasonable likelihood that the immediate holding of the Westray Inquiry is constitutionally incompatible with later criminal trials, it will not, as a general rule, be for the courts to decide which of the two proceedings should take precedence.

In the circumstances of this case, for example, the government must, and undoubtedly has, carefully considered the choices open to it. If it chooses to proceed with the Westray Inquiry and to endow the Commissioner with an unlimited power to subpoena, then it runs the risk that the criminal trials of the accused managers may possibly be irreparably compromised either because much of

bonne et due forme ou si l'accusé peut montrer qu'il ne peut plus avoir un procès équitable à cause de la publicité défavorable découlant de l'enquête.

Par conséquent, bien qu'il n'existe pas de règle absolue voulant que tous les témoins soient contraignables, sauf l'accusé à son procès, il existe dans notre système de justice criminelle une présomption dans ce sens. Tout préjudice causé à une personne contrainte à témoigner peut être évité en accordant la réparation convenable, autre que l'immunité, prévue par la *Charte*. Si cette solution est choisie, la réparation fondée sur la *Charte* peut être adaptée au préjudice subi. En outre, la recherche de la vérité est favorisée par un tel système qui combine à un principe de large contraignabilité les protections offertes par la *Charte* au témoin dans les procédures criminelles ultérieures.

Le troisième facteur qui concerne l'équilibre à atteindre entre les droits des directeurs de la mine individuellement et l'intérêt public dans la poursuite d'une enquête exhaustive au moyen de témoignages obtenus par la contrainte, est celui du rôle du gouvernement dans les présentes circonstances. Il y a en l'espèce deux procédures distinctes: une enquête publique et un procès criminel. Ils ont tous deux été entrepris à l'initiative du gouvernement, à qui il incombe en fin de compte de voir à leur bonne marche. De toute évidence, il y va de l'intérêt public de poursuivre l'enquête, mais il y va aussi de l'intérêt public de traduire en justice ceux qui se sont rendus coupables d'infractions criminelles. Même s'il est assez probable, vu les circonstances de l'espèce, que la reprise immédiate de l'enquête Westray soit, du point de vue constitutionnel, incompatible avec la tenue de procès criminels par la suite, il n'appartient pas en règle générale aux tribunaux de décider laquelle des procédures devrait arriver la première dans le temps.

Dans les présentes circonstances, par exemple, le gouvernement doit examiner soigneusement les choix offerts, et l'a sûrement fait. S'il opte pour la poursuite de l'enquête Westray et pour l'attribution au commissaire d'un pouvoir illimité en matière d'assignation, il courra alors le risque de voir les procès criminels des directeurs accusés irréparablement compromis soit parce qu'une grande par-

95

96

97

the evidence given at the Inquiry may prove to be inadmissible testimony or derivative evidence at the criminal trial, or because excessive publicity will make a fair trial impossible. On the other hand, if the government wishes to take every possible precaution to ensure that there is no risk to the criminal trials, then it could choose to halt, delay, or limit the powers of the Inquiry. To follow this latter course, however, involves the inevitable risk that the public will lose faith both in the government's ability and willingness to get at the truth and in the political system as a whole. Whatever route is selected, the courts must, as a general rule, respect the government's choice. A similar approach has been taken in the United States in respect of criminal proceedings which followed a highly publicized congressional inquiry. In *Delaney v. United States*, 199 F.2d 107 (1st Cir. 1952), Magruder C.J. stated at p. 114:

We think that the United States is put to a choice in this matter: If the United States, through its legislative department, acting conscientiously pursuant to its conception of the public interest, chooses to hold a public hearing inevitably resulting in such damaging publicity prejudicial to a person awaiting trial on a pending indictment, then the United States must accept the consequence that the judicial department, charged with the duty of assuring the defendant a fair trial before an impartial jury, may find it necessary to postpone the trial until by lapse of time the danger of the prejudice may reasonably be thought to have been substantially removed.

98

In oral argument before this Court, the Attorney General of Nova Scotia acknowledged the risks in proceeding immediately with a full inquiry. He nonetheless stated that his government considered the immediate resumption of the Inquiry to be of such overriding importance to the community that it is willing to accept the risk that the criminal prosecutions may be adversely affected or even stayed as a result of the Inquiry proceedings. The government is almost certainly better placed than the courts to assess the need for and value of the Inquiry. It is best able to calculate and weigh the risks and benefits to the public of proceeding with the Inquiry. In the absence of demonstrated mis-

tie des témoignages entendus dans le cadre de l'enquête seront inadmissibles ou constitueront une preuve dérivée au moment du procès criminel, soit parce que la publicité excessive rendra impossible la tenue d'un procès équitable. En revanche, si le gouvernement veut prendre toutes les précautions afin de garantir l'intégrité des procès criminels, il peut choisir d'arrêter ou de remettre l'enquête ou de limiter les pouvoirs du commissaire. Toutefois, s'il opte pour cette seconde solution, il court inévitablement le risque que la population perde confiance dans sa capacité et sa volonté de découvrir la vérité et dans le système politique dans son ensemble. Quelle que soit l'option retenue, les tribunaux doivent, en règle générale, respecter ce choix. Un point de vue semblable a été adopté aux États-Unis à l'égard des poursuites criminelles qui ont suivi une enquête du Congrès fortement médiatisée. Dans l'arrêt *Delaney c. United States*, 199 F.2d 107 (1st Cir. 1952), le juge en chef Magruder a dit, à la p. 114:

[TRADUCTION] Nous croyons que les États-Unis doivent faire un choix dans cette affaire: si les États-Unis, par le truchement du pouvoir législatif, choisissent consciencieusement et en conformité avec leur conception de l'intérêt public, de tenir une enquête publique qui entraînera inévitablement une publicité dommageable à une personne qui attend son procès sur une inculpation, ils doivent alors accepter les conséquences, savoir que le département de la Justice, à qui il incombe de veiller à ce que l'accusé ait un procès équitable devant un jury impartial, estime nécessaire de remettre le procès jusqu'à ce que le danger de préjudice se soit suffisamment éloigné.

Dans sa plaidoirie devant notre Cour, le procureur général de la Nouvelle-Écosse a reconnu les risques de la tenue immédiate d'une enquête exhaustive. Il a néanmoins déclaré que son gouvernement estimait que la reprise immédiate de l'enquête présentait une importance tellement considérable pour la collectivité qu'il était prêt à courir le risque qu'un préjudice soit causé aux poursuites criminelles ou que celles-ci soient même arrêtées à cause de l'enquête. Il est presque absolument certain que le gouvernement est mieux placé que les tribunaux pour juger de la nécessité et de la valeur de l'enquête. Il est mieux à même de calculer et de peser les risques et les avantages de la reprise de

conduct on the part of government, such as a refusal to enforce the criminal law in a manner that amounts to a flagrant impropriety, courts should not interfere with the choice it has made.

To put it another way, unless it can be shown that the government is acting in bad faith, prior restraint of government action in creating and proceeding with a public inquiry that is within its jurisdiction will be rare. There is no evidence of bad faith or of a refusal to enforce the criminal law in this case. The government of Nova Scotia has appreciated and considered the possibility that Gerald Phillips and Roger Parry may never be brought to trial, and there is nothing to indicate that its decision should be reviewed by this Court. If the Inquiry were to be held prior to the criminal trials by jury, it would be for the trial judge to determine the appropriate remedy for the breach of any *Charter* rights which the hearings might have occasioned.

To summarize, there can be no doubt that the respondents Gerald Phillips and Roger Parry would be compellable witnesses before the public Inquiry. They clearly meet all the requirements set out in *S. (R.J.)* and in *Branch*. They are not being called to testify in order to demonstrate their criminal guilt. Rather, the predominant purpose of obtaining their evidence is to further the objectives of the Inquiry which are of very significant public importance central to the nature and effectiveness of the Inquiry.

Nonetheless, although Phillips and Parry are compellable witnesses, there may be grounds for objecting to individual questions posed to them which might go beyond the purposes of the Inquiry. For the moment, however, the only prejudice which they stand to suffer relates to the use of evidence derived from their testimony. As indicated in *Branch*, this is not a sufficient ground for refusing to compel them.

l'enquête au regard du bien public. S'il n'a pas été prouvé que la conduite du gouvernement a été répréhensible, celui-ci ayant refusé par exemple d'appliquer le droit criminel d'une manière qui équivalait à une irrégularité flagrante, les tribunaux ne doivent pas s'immiscer dans le choix qu'il a fait.

Autrement dit, sauf si l'on peut démontrer que le gouvernement agit de mauvaise foi, les tribunaux interviendront rarement pour lui interdire par avance d'agir s'il a décidé de constituer une commission d'enquête qui relève de sa compétence. Rien n'indique dans le présent dossier qu'il y ait eu mauvaise foi ou refus d'appliquer le droit criminel. Le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a évalué et pris en considération la possibilité que Gerald Phillips et Roger Parry ne puissent jamais être cités à leur procès, et rien n'indique qu'il y ait lieu que notre Cour révise sa décision. Si l'enquête devait se tenir avant les procès criminels avec jury, il appartiendrait au juge du procès de statuer sur la réparation convenable au cas où les audiences auraient entraîné une violation de droits garantis par la *Charte*.

En résumé, il ne fait aucun doute que les intimés Gerald Phillips et Roger Parry seraient des témoins contraignables à l'enquête publique. Ils répondent de toute évidence aux exigences formulées dans les arrêts *S. (R.J.)* et *Branch*. Ils ne sont pas appelés à témoigner pour démontrer leur culpabilité criminelle. Le but prédominant de l'obtention de leur témoignage est plutôt de favoriser les objectifs de l'enquête, qui ont une très grande importance pour le public et sont au cœur même de la nature et de l'efficacité de l'enquête.

Néanmoins, bien que Phillips et Parry soient des témoins contraignables, il existe peut-être des motifs de s'opposer à ce que leur soient posées certaines questions qui pourraient aller au-delà des buts de l'enquête. Toutefois, pour le moment, le seul préjudice qu'ils risquent de subir est celui qui se rapporte à l'utilisation d'éléments de preuve dérivés de leur témoignage. Ainsi qu'il est mentionné dans l'arrêt *Branch*, il ne s'agit pas là d'un motif suffisant pour refuser qu'ils soient contraints de témoigner.

99

100

101

C. Section 11(d): The Right to a Fair Trial

102 The respondents Gerald Phillips and Roger Parry contend that the Appellate Division of the Nova Scotia Supreme Court correctly determined that their rights to a fair trial would be violated if the Westray Inquiry were to proceed prior to or at the same time as their trials. Their position differs from that of some of the other participants in this appeal in two respects. First, they argue that the Court of Appeal applied the correct test as to when relief should be granted for a threatened Charter breach. This point is disputed by the appellant United Steelworkers of America. Secondly, the respondent managers assert that the Court of Appeal properly considered the relevant factors which would affect the fairness of the trial and appropriately weighed these factors in light of the circumstances of this case. A contrary position is taken by the Steelworkers, the Commissioner, those Attorneys-General who address the issue and, to a lesser extent, the Westray Families' Group.

1. The threshold test for Charter relief

103 Section 11(d) of the *Charter* guarantees to every person charged with an offence the right:

11. . . .

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal. . . .

104 The right to be presumed innocent is the single most important principle of our system of criminal justice. In *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, Lamer C.J. explained, at pp. 282-83, the necessity of independence and impartiality 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 by outside forces except to the extent that he or she is persuaded by

C. L'alinéa 11d): le droit à un procès équitable

Les intimés Gerald Phillips et Roger Parry soutiennent que la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a déclaré à bon droit que leur droit à un procès équitable serait violé si l'enquête Westray était reprise avant leur procès ou en même temps que celui-ci. Leur thèse diffère de celle d'autres participants au présent pourvoi sous deux aspects. Premièrement, ils affirment que la Cour d'appel a appliqué le critère qui convient lorsqu'il s'agit de statuer sur l'opportunité d'accorder une réparation en cas de menace de violation de la Charte. Le syndicat des Métallurgistes unis d'Amérique appelant conteste cet argument. Deuxièmement, les directeurs intimés soutiennent que la Cour d'appel a tenu compte à juste titre des facteurs pertinents qui influent sur l'équité du procès et qu'elle a apprécié avec justesse ces facteurs compte tenu des circonstances de l'espèce. Les Métallurgistes affirment le contraire, à l'instar du commissaire et des procureurs généraux qui se prononcent sur ce point et, dans une moindre mesure, du groupe des familles de Westray.

1. Le critère préliminaire concernant la réparation fondée sur la Charte

Aux termes de l'al. 11d) de la *Charte*, tout inculpé a le droit:

11. . . .

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;

Le droit à la présomption d'innocence est le principe le plus important de notre système de justice criminelle. Dans l'arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, le juge en chef Lamer explique, aux pp. 282 et 283, la nécessité de l'indépendance et de l'impartialité pour

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 extérieures, sauf dans la mesure où il est convaincu par les argu-

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.

It is the fond hope and reasonable expectation of all Canadians that the unifying foundation of these guarantees is the concept of fairness. All persons charged with an offence must have their criminal liability determined in proceedings which are fair. The Nova Scotia Court of Appeal found that this fundamental constitutional entitlement would be breached were the Westray Inquiry to proceed to hold public hearings prior to the trials of the accused managers (on charges of, at that time, violating provisions of the *Occupational Health and Safety Act*). It must now be determined whether the threat to the fair trial rights of the respondents Gerald Phillips and Roger Parry require that the Inquiry proceedings be stayed.

The respondent mine managers and the Westray Families' Group identify several aspects of the Inquiry which pose a risk to the fair trial interests of the accused. The foremost is the concern that Gerald Phillips and Roger Parry will be prejudiced by the pre-trial publicity which will undoubtedly accompany the Inquiry hearings. It is also contended that it would be unfair to subject these two respondents to simultaneous proceedings (inquiry and trial) in respect of their role in the Westray disaster, and to allow the Inquiry to continue prior to trial in light of the record of close cooperation by Inquiry staff with the police.

No public hearings have yet been held by the Commissioner. When this appeal was argued the trials of the accused mine managers had not yet begun. Any infringement of their rights to a fair trial was then prospective in nature. It will still be helpful to address the preliminary question of when relief can be granted for an anticipated Charter breach before turning to a consideration of the specific question as to whether the impugned state action (the Inquiry) would have the effects that it is alleged would flow from it, and whether those

ments 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.

C'est l'espoir cher et l'attente raisonnable de tous les Canadiens que le fondement unificateur de ces garanties soit la notion d'équité. La responsabilité criminelle de tout inculpé doit être établie à l'issue d'un procès équitable. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que ce droit constitutionnel fondamental serait violé si les audiences publiques de l'enquête Westray précédaient les procès des directeurs accusés (sur l'inculpation, à ce moment-là, d'avoir contrevenu à des dispositions de l'*Occupational Health and Safety Act*). Il s'agit maintenant de décider si la menace pour le droit à un procès équitable des intimés Gerald Phillips et Roger Parry commande la suspension des audiences de l'enquête.

Pour les directeurs de la mine intimés et le groupe des familles de Westray, plusieurs aspects de l'enquête menacent le droit des accusés à un procès équitable. Vient au premier rang la crainte que la publicité qui accompagnera sans aucun doute l'enquête, et ce avant le procès, ne cause un préjudice à Gerald Phillips et à Roger Parry. On prétend en outre qu'il serait injuste de soumettre ces deux intimés à des procédures simultanées (enquête et procès) concernant leur rôle dans le désastre de Westray et d'autoriser la poursuite de l'enquête avant le procès, étant donné l'étroite collaboration manifestée par le personnel de la commission et les policiers.

Le commissaire n'a encore tenu aucune audience publique. Au moment où le présent pourvoi a été entendu, les procès des directeurs de la mine inculpés n'avaient pas encore commencé. Toute atteinte à leur droit à un procès équitable n'était donc qu'une éventualité. Il sera utile d'examiner la question préliminaire de savoir dans quels cas une réparation peut être accordée pour une menace de violation de la *Charte* avant d'étudier la question précise de savoir si l'action gouvernementale attaquée (l'enquête) aurait les effets

105

106

107

effects would amount to a violation of s. 11(d) of the *Charter*.

2. When will relief be granted for a prospective Charter breach?

108 The onus of proving a *Charter* breach lies upon the individual who claims it. It is true that relief may be granted for a prospective *Charter* violation. (See *Operation Dismantle Inc.*, *supra*.) However, relief will only be granted in circumstances where the claimant is able to prove that there is a sufficiently serious risk that the alleged violation will in fact occur. In *Operation Dismantle Inc.*, *supra*, where the anticipated violation was of s. 7, Dickson C.J. adopted (at p. 458) the requirement that the individual seeking to restrain government action must demonstrate a “high degree of probability” that the *Charter* infringement will occur before the court will grant relief.

109 Two cases have considered the issue of the proper test to apply to an apprehended breach of s. 11(d). In *Canadian Broadcasting Corp. v. Keegstra* (1986), 35 D.L.R. (4th) 76, at p. 78, the Alberta Court of Appeal phrased the test as follows: “is there a real and substantial risk that a fair trial will be impossible in the circumstances of the case, if [the action is not restrained]”. The Ontario Court of Appeal adopted this test in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.* (1992), 99 D.L.R. (4th) 326. The majority reasons of Lamer C.J. in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, focus upon arguments for and against a specific type of relief (a publication ban) and do not specifically address the prior issue of the standard of proof which must be met in order to obtain relief for prospective harm to a *Charter* right.

110 Frankly, I cannot see much difference between the test of “high degree of probability” and that of “a real and substantial risk”. The essence of both

allégués et si ces effets équivaldraient à une violation de l'al. 11d) de la *Charte*.

2. Dans quels cas une réparation sera-t-elle accordée pour une menace de violation de la Charte?

C'est à celui qui fait valoir une violation de la *Charte* qu'il incombe de la prouver. Il est vrai qu'une réparation peut être accordée pour une menace de violation de la *Charte*. (Voir *Operation Dismantle Inc.*, précité.) Toutefois, la réparation ne sera accordée que si le demandeur peut prouver qu'il existe un risque assez grave que la violation alléguée se produira effectivement. Dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc.*, précité, où la violation appréhendée portait sur l'art. 7, le juge en chef Dickson a adopté (à la p. 458) l'exigence selon laquelle le tribunal n'accordera une réparation à la personne qui cherche à empêcher une action gouvernementale que si elle démontre qu'il y a un «haut degré de probabilité» que la violation de la *Charte* se produira.

La question du critère approprié pour les cas de violation appréhendée de l'al. 11d) a été étudiée dans deux affaires. Dans l'arrêt *Canadian Broadcasting Corp. c. Keegstra* (1986), 35 D.L.R. (4th) 76, à la p. 78, la Cour d'appel de l'Alberta a énoncé ce critère dans les termes suivants: [TRADUCTION] «existe-t-il un risque réel et important qu'un procès équitable sera impossible dans les circonstances de l'espèce si [l'action n'est pas interdite]». La Cour d'appel de l'Ontario a adopté ce critère dans l'arrêt *Dagenais c. Canadian Broadcasting Corp.* (1992), 99 D.L.R. (4th) 326. Dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, les motifs du juge en chef Lamer, au nom de la majorité, mettent l'accent sur le pour et le contre d'un type particulier de réparation (une interdiction de publication) et ne traitent pas expressément de la question préalable de la norme de preuve à laquelle satisfaire pour obtenir une réparation en cas de menace de violation d'un droit garanti par la *Charte*.

Franchement, je ne vois pas beaucoup de différence entre le critère du «haut degré de probabilité» et celui du «risque réel et important». Ces

tests is that before a court will restrain government action, it must be satisfied that there is a very real likelihood that in the absence of that relief an individual's *Charter* rights will be prejudiced. This determination cannot be made in the abstract. Rather, the proper approach should be a contextual one, which takes into account all the surrounding circumstances, including, for example, the nature of the right said to be threatened and the extent to which the anticipated harm is susceptible of proof. This was the method advocated by Wilson J. in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. The nature and importance of the government action sought to be restrained is also a significant factor but it should be considered under s. 1 of the *Charter*.

Thus the applicable standard may fluctuate between the requirement of "a real and substantial risk", "a high probability" or even a "virtual certainty" of a *Charter* breach depending upon all the circumstances presented by the particular case and the particular applicant.

In assessing a threatened breach of s. 11(d) of the *Charter*, it must be remembered that the right to a fair trial is of fundamental importance to the criminal process. This Court has already decided that the question of a breach or potential breach of the s. 11(d) fair trial right is best determined at the time of trial: *Vermette, supra*, at p. 992. While this is not an absolute rule, it is a factor which complicates the task of an individual seeking to establish a prospective breach of the section as it requires a court to speculate as to whether or not the right to a fair trial will be violated when, in the future the criminal charges against the accused are brought to trial. Because it is an exercise in speculation, it will be difficult for the applicant to demonstrate the high degree of probability that a *Charter* breach will occur which is required to warrant relief being granted. As well it must be remembered that an applicant will always have the opportunity to apply for relief to the trial court once the prejudice, flowing, for example, from the

deux critères signifient essentiellement que le tribunal n'interdira une action gouvernementale que s'il est convaincu qu'il est fort probable qu'en l'absence de cette réparation, il y aura préjudice aux droits d'une personne garantis par la *Charte*. Cette décision ne peut être prise dans l'abstrait. Il convient plutôt de tenir compte du contexte, de toutes les circonstances, dont notamment la nature du droit prétendument menacé et la mesure dans laquelle le préjudice appréhendé est prouvable. C'est la méthode préconisée par le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326. La nature et l'importance de l'action gouvernementale dont l'interdiction est demandée sont aussi des facteurs importants, mais qu'il y a lieu d'examiner au regard de l'article premier de la *Charte*.

Par conséquent, la norme applicable peut varier de l'exigence d'un «risque réel et important» ou d'un «haut degré de probabilité» à une «quasi-certitude» de violation de la *Charte*, selon les circonstances et selon le demandeur.

Lorsqu'on apprécie une menace de violation de l'al. 11d) de la *Charte*, il ne faut pas oublier que le droit à un procès équitable revêt une importance fondamentale dans notre système de justice criminelle. Notre Cour a déjà décidé que c'était le juge du procès qui était le mieux placé pour trancher la question de la violation ou de la menace de violation du droit à un procès équitable garanti par l'al. 11d): *Vermette*, précité, à la p. 992. Certes, ce n'est pas une règle absolue, mais c'est un facteur qui complique la tâche de la personne qui tente de démontrer une menace de violation de la disposition, car il oblige le tribunal à conjecturer sur la question de savoir si le droit à un procès équitable sera violé lorsque s'instruira le procès sur les accusations criminelles portées contre l'inculpé. Comme il s'agit de conjectures, le demandeur aura de la difficulté à démontrer, avec le haut degré de probabilité exigé pour justifier la réparation demandée, qu'une violation de la *Charte* se produira. Et il ne faut pas oublier qu'il reste toujours loisible au demandeur de demander une réparation au juge du procès une fois que le préjudice décou-

111

112

publicity, is more easily ascertainable and demonstrable.

3. Section 11(d): Public Inquiry and Pre-Trial Publicity

113 When this appeal was argued the trial of the respondents Roger Parry and Gerald Phillips had not yet begun. Their counsel indicated that they would probably elect to be tried by a judge with a jury. Since these reasons were circulated their trial has begun before a judge sitting without a jury. As a result the concern raised pertaining to the effect of pre-trial publicity on potential jurors is no longer relevant. Yet, the question was argued at length before the Nova Scotia Court of Appeal and this Court. The reasons of the Nova Scotia Court of Appeal dealt with the issue and complete submissions were made in the factums and oral argument. In those circumstances I thought it might be helpful to consider the issue.

114 On this appeal, the bulk of the argument regarding a potential breach of s. 11(d) dealt with the alleged prejudice the two accused would suffer if the inquiry hearings are held prior to or concurrently with their trials. Although objections were taken to the holding of any public hearings, it is clear that it is not the hearings themselves, but rather the publication of evidence given at those hearings which probably will be read by potential jurors in the subsequent criminal trials which the accused find objectionable. The Court of Appeal did not feel that it would be possible or practical to conduct the hearings with anything short of full and unrestricted publicity. I disagree with this view. Nonetheless, in order to assess the merits of the s. 11(d) claims, it is necessary to consider the effects which unrestricted public hearings would have upon the rights of the two accused to a fair trial by jury.

115 The May 9 blast killed 26 men. A tragedy of this magnitude, occurring within a vital local industry, will inevitably be followed by an explosion of public concern and a great deal of publicity relat-

lant, par exemple, de la publicité pourra plus facilement être constaté et démontré.

3. L'alinéa 11d): Enquête publique et publicité antérieure au procès

Au moment de l'audition du présent pourvoi, le procès des intimés Roger Parry et Gerald Phillips n'avait pas encore commencé. Leurs avocats ont indiqué qu'ils opteraient probablement pour un procès avec jury. Depuis la diffusion des motifs, leur procès a commencé devant un juge seul. En conséquence, la question soulevée quant à l'effet sur les futurs jurés de la publicité antérieure au procès ne se pose plus. Cette question a toutefois été longuement débattue devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et devant notre Cour. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse en traitait dans ses motifs et elle a été analysée à fond dans les mémoires et dans les arguments oraux. Dans les circonstances, j'ai cru qu'il pourrait être utile de l'analyser.

Dans le présent pourvoi, les arguments relatifs à la violation possible de l'al. 11d) portent pour l'essentiel sur le préjudice allégué que subiraient les deux accusés si les audiences de l'enquête avaient lieu avant leur procès ou en même temps que celui-ci. Quoiqu'ils se soient opposés à la tenue de quelque audience publique que ce soit, il est clair que ce n'est pas aux audiences elles-mêmes que les accusés trouvent à redire, mais plutôt à la publication des témoignages faits durant celles-ci, qui seront probablement lus par les futurs jurés appelés à juger les procès criminels. De l'avis de la Cour d'appel, il n'était pas possible ni pratique de tenir les audiences sans publicité intégrale et libre de toute entrave. Je ne partage pas son avis. Néanmoins, pour évaluer le bien-fondé des arguments qui reposent sur l'al. 11d), il est nécessaire de prendre en considération les effets que des audiences publiques libres d'entrave auraient sur le droit des deux accusés à un procès équitable avec jury.

La déflagration du 9 mai a tué 26 hommes. Il est inévitable qu'une tragédie de cette ampleur qui frappe une industrie vitale pour la localité suscite beaucoup d'inquiétude dans la population et soit la

ing to the event. The public appetite for information and the tremendous media response to it arise from the nature of the event itself. An inquiry may increase this appetite, but it is not responsible for its creation. The task here is to assess the prejudice which may arise from the media coverage of the Inquiry. This analysis cannot be undertaken in a vacuum. The extensive publicity which the events of May 9 have already received must be borne in mind.

Openness has long been a feature of our system of criminal justice. Various justifications for the public nature of most criminal proceedings have been put forward. Most relate in some way to the simple truth that an individual is much less likely to be subject to unfair or oppressive treatment at the hands of the State if tried in open proceedings. As well, the public is much more likely to have confidence in an open system. The benefits of openness are not restricted to the criminal justice system but apply as well to civil proceedings: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, *supra*. The conduct of a public inquiry is no different, although it may differ from a criminal trial in that the inquiry process itself may be more important than the result.

Open hearings function as a means of restoring the public confidence in the affected industry and in the regulations pertaining to it and their enforcement. As well, it can serve as a type of healing therapy for a community shocked and angered by a tragedy. It can channel the natural desire to assign blame and exact retribution into a constructive exercise providing recommendations for reform and improvement. In the wake of the Sick Children Hospital Inquiry conducted by Justice Grange it was written:

Imagine that the public had no access to the proceedings of the lengthy and costly Grange Inquiry into the deaths of babies at Toronto's Sick Children's Hospital, and was

source d'une abondante publicité. La soif d'information de la population et l'avalanche médiatique que cette tragédie a déclenchée vont de pair avec la nature même de l'événement. Une enquête peut exacerber cette soif, mais elle n'en est pas la cause. Notre tâche consiste à évaluer le préjudice qui peut découler de la couverture médiatique de l'enquête. Nous ne pouvons entreprendre cette analyse dans l'abstrait. Il faut tenir compte de la publicité considérable dont les événements du 9 mai ont déjà fait l'objet.

La transparence est depuis longtemps une caractéristique de notre système de justice criminelle. Divers arguments ont été avancés pour justifier la publicité des débats de la plupart des procès criminels. La plupart participent d'une façon ou d'une autre de cette vérité toute simple: un particulier risque beaucoup moins d'être victime d'un traitement injuste ou oppressif sous la coupe de l'État s'il est jugé en séance publique. Par surcroît, il y a bien plus de chances que la population ait confiance dans un système transparent. Les avantages de la transparence ne sont pas limités au système de justice criminelle, mais valent aussi pour les actions civiles: *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, précité. Il n'en va pas autrement d'une enquête publique, encore qu'elle puisse différer d'un procès criminel du fait que le processus même de l'enquête est peut-être plus important que son résultat.

Les audiences publiques sont un moyen de rétablir la confiance du public dans l'industrie visée, ainsi que dans la réglementation en vigueur et son application. De plus, elles peuvent en quelque sorte exercer une action thérapeutique sur une collectivité qui est sous le coup du choc et de la colère par suite d'une tragédie. Elles peuvent canaliser le désir naturel de trouver un coupable et de le châtier, vers une démarche constructive aboutissant à des recommandations de réforme et d'amélioration. À la suite de l'enquête menée par le juge Grange sur l'hôpital pour enfants de Toronto, on a écrit:

[TRADUCTION] Imaginez-vous une situation où le public n'aurait pas eu accès aux séances de la longue et onéreuse enquête Grange sur le décès de bébés à l'hôpital

116

117

informed at the end of its vague conclusion that some babies had been killed by an unknown or unnamed individual. Such a conclusion to the state's failure to solve a string of murders deeply troubling to the population, after extensive investigation, prosecution and inquiry procedures, would have been entirely unacceptable. The Grange Inquiry was open, however, and one of the virtues of the exercise in openness was that the public became privy to the problems the state faced in trying to solve the mysterious deaths and could assess the efficacy of the state's actions. Where different phases of the proceedings are closed or where information about them is censored, the public's ability to judge the functioning of the system, rate the government's performance and call for change is effectively removed.

(Jamie Cameron, "Comment: The Constitutional Domestication of our Courts — Openness and Publicity in Judicial Proceedings under the Charter" in Philip Anisman and Allen M. Linden, eds., *The Media, the Courts and the Charter* (1986), 331, at pp. 340-41.)

118 Brandeis J. writing extra-judicially of the need for openness put it very succinctly and well when he said that "sunlight is the most powerful of disinfectants". (See Sir Louis Blom-Cooper, "Public Inquiries" (1993), 46 *Cur. Leg. Prob.* 204, at p. 211, n. 9.)

119 What, then, are the interests which must be weighed in determining whether or not the Westray Inquiry should proceed? On one side stand the interests of the public in a timely and open inquiry into a tragedy occurring in an important local industry. There is, as well, the government interest in having the state-appointed Commissioner proceed with the tasks assigned to him by the Order in Council, including the making of recommendations which might prevent a future tragedy.

120 On the other side are the fair trial interests of the accused. The experience of the Grange Inquiry, and, more recently, the Hughes Inquiry into events at the Mount Cashel Orphanage, serve as examples of the extent to which the details of public hearings

pour enfants de Toronto et où il aurait pris connaissance à l'issue de cette enquête de la conclusion vague selon laquelle des bébés avaient été tués par une personne inconnue ou dont on tait le nom. Pareille issue démontrant l'impuissance de l'État à résoudre une série de meurtres qui a infiniment inquiété la population, après une enquête policière, des poursuites et une commission d'enquête qui ont pris beaucoup de temps, aurait été tout à fait inacceptable. Or, les audiences de l'enquête Grange ont été publiques et cela a eu pour avantage notamment que la population a pu se rendre compte par elle-même des obstacles que l'État a dû surmonter pour tenter de résoudre le mystère de ces décès et qu'elle a pu apprécier l'efficacité de l'action de l'État. Quand diverses phases de la procédure ont lieu à huis clos ou quand l'information les concernant est censurée, le public n'est alors plus en mesure de juger le fonctionnement du système, d'évaluer les moyens pris par le gouvernement et d'exiger des changements.

(Jamie Cameron, «Comment: The Constitutional Domestication of our Courts — Openness and Publicity in Judicial Proceedings under the Charter» dans Philip Anisman et Allen M. Linden, dir., *The Media, the Courts and the Charter* (1986), 331, aux pp. 340 et 341.)

Au sujet de la nécessité de la transparence, le juge Brandeis a déjà dit de façon laconique et judiciaire, dans un écrit extra-judiciaire, que [TRADUCTION] «la lumière du jour est le plus puissant des désinfectants». (Voir sir Louis Blom-Cooper, «Public Inquiries» (1993), 46 *Cur. Leg. Prob.* 204, à la p. 211, note 9.)

Quels intérêts doit-on alors soupeser pour décider s'il convient de permettre la poursuite de l'enquête Westray? D'un côté, il y a l'intérêt du public dans la tenue d'une enquête prompte et transparente sur une tragédie qui a frappé une importante industrie locale, ainsi que l'intérêt du gouvernement dans l'exécution par le commissaire nommé par l'État des tâches que le décret lui a attribuées, dont celle de formuler des recommandations susceptibles de prévenir d'autres tragédies.

De l'autre côté, il y a le droit des accusés à un procès équitable. L'expérience de l'enquête Grange et, plus récemment, celle de l'enquête Hughes sur ce qui s'est passé à l'orphelinat Mount Cashel, illustrent l'importance que les médias

will receive media coverage. These Inquiries demonstrate that there is a risk that jurors may hear and be influenced by evidence which is not admissible at trial but which, owing to its more relaxed procedures, has been admitted during an inquiry. This will be particularly true of the testimony of accused persons given at a public inquiry. These individuals may be compellable at the public inquiry but certainly not at their trial. The notoriety which they have achieved merely by virtue of being charged will almost certainly guarantee that their testimony at the Inquiry will be widely reported. Therefore, in order to avoid the risks that potential jurors will be influenced by exposure to this evidence which, unless the accused elects to testify, will certainly be inadmissible at trial, a court may, upon proper notice to interested parties, order a restraint on the publication of the testimony or a portion of the testimony of accused persons. This procedure would accord with the ability of courts to order bans on the publication of evidence given in other pre-trial proceedings, which may not be admissible at trial. See for example, *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 517 (bail hearings) and 539 (preliminary inquiries).

Another feature of public inquiries with potential implications for juror impartiality and fair trial rights is the fact that the inquiry will normally reach some conclusions on the facts. The reasoning in *Nelles v. Ontario*, *supra*, referred to with approval by this Court in *Starr v. Houlden*, *supra*, precludes a provincial inquiry from reaching any conclusions as to criminal liability, or "naming names". Yet it is quite possible that some of the findings of fact reached by an inquiry would, if known and accepted by jurors, impair their ability to judge a case impartially.

Counsel for the respondent Roger Parry gave an example which I find persuasive. In filing his report, the Commissioner may, for example, state that, in his opinion, the May 9 explosion was caused by an excessive build-up of coal dust. Coal

accordent aux détails des audiences publiques. Ces enquêtes montrent qu'il existe un risque que les jurés soient influencés par des témoignages entendus qui ne sont pas admissibles au procès mais qui, à cause du peu de formalisme de la procédure, auront été admis dans le cadre de l'enquête. C'est particulièrement vrai du témoignage d'accusés à une enquête publique. Ces derniers y sont contraignables, mais ils ne le seraient certainement pas à leur procès. La notoriété qu'ils ont acquise du seul fait d'avoir été inculpés aura sûrement pour résultat que leurs témoignages seront largement diffusés. Par conséquent, le tribunal qui veut éviter le risque que les jurés soient plus tard influencés par la diffusion de ces témoignages qui, sauf si les accusés choisissent de témoigner, seront certainement inadmissibles au procès, peut, après en avoir avisé les parties intéressées, interdire la publication de la totalité ou d'une partie du témoignage. Cette façon de procéder serait conforme au pouvoir des tribunaux d'interdire la publication des témoignages rendus dans d'autres procédures préalables au procès, qui ne seront peut-être pas admissibles au procès. Voir par exemple les art. 517 (enquêtes pour cautionnement) et 539 (enquêtes préliminaires) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Une autre caractéristique des enquêtes publiques qui pourrait avoir des conséquences quant à l'impartialité des jurés et au droit à un procès équitable est qu'une enquête aboutit normalement à certaines constatations de fait. Selon le raisonnement tenu dans l'arrêt *Nelles c. Ontario*, précité, et approuvé par notre Cour dans l'arrêt *Starr c. Houlden*, précité, une commission d'enquête provinciale ne peut pas formuler de conclusions concernant la responsabilité criminelle ou «donner des noms». Pourtant, il est tout à fait possible que la capacité des jurés de juger une cause impartialement soit diminuée s'ils prennent connaissance et acceptent certaines des conclusions de fait tirées par une commission d'enquête.

L'avocat de l'intimé Roger Parry a cité un exemple que je trouve convaincant. Lorsqu'il présentera son rapport, le commissaire pourrait déclarer entre autres qu'à son avis, l'explosion du 9 mai a été causée par une accumulation excessive de

121

122

dust build-up is a variable which can usually be controlled by careful mine management techniques. The responsibility for ensuring that such tasks are carried out is assigned to the manager and the underground manager under the *Coal Mines Regulation Act*. It may be, however, that the defence presented by the two accused mine managers at their trial will be that the explosion was not caused by an accumulation of coal dust, but rather by an unforeseen and unpreventable build-up of methane gas. Jurors who have already heard the conclusions of the Commissioner as to the cause of the explosion may reject that defence out of hand rather than examining its merit on the basis of the evidence presented at the criminal trial.

poussière de charbon. L'accumulation de poussière de charbon est une variable que des méthodes prudentes de gestion d'une mine permettent habituellement de maîtriser. Suivant la *Coal Mines Regulation Act*, il appartient au directeur et au directeur des opérations souterraines de voir à la bonne exécution des tâches en cause. Il peut arriver, cependant, qu'à leur procès, les deux directeurs de la mine accusés fassent valoir pour leur défense que l'explosion n'a pas été causée par l'accumulation de poussière de charbon, mais plutôt par l'accumulation imprévue et inévitable de méthane. Les jurés qui auront déjà entendu les conclusions du commissaire sur la cause de l'explosion pourraient rejeter ce moyen de défense sommairement plutôt que d'en examiner le bien-fondé sur la base de la preuve produite au procès criminel.

123 The respondents Gerald Phillips and Roger Parry argued that our jury system is incapable of disabusing jurors of the effects of any pre-trial reports they may have heard concerning the proceedings of an inquiry. I cannot accept that argument in its entirety. However, I do accept the distinction drawn by the respondent Parry between the prejudicial effects of the publication of evidence taken at the Inquiry and the prejudicial effects of the publication of the Commissioner's final report.

Les intimés Gerald Phillips et Roger Parry soutiennent que l'institution du jury est incapable de désabuser les jurés des effets des reportages sur l'enquête qu'ils ont pu entendre avant le procès. Je ne peux pas accepter cet argument dans son intégralité. Toutefois, j'accepte la distinction que fait l'intimé Parry entre les effets préjudiciables de la publication des témoignages rendus à l'enquête et ceux de la publication du rapport final du commissaire.

124 Public inquiries such as the one which is the subject of this appeal are not and cannot be mere substitutes for criminal proceedings. That their primary purpose is not to assign responsibility or blame is not always recognized by the public. In the eyes of most citizens, a public inquiry has many of the characteristics of a criminal trial. The inquiry is often chaired by a judge, who hears the testimony of witnesses under oath and the submissions of lawyers, and who draws conclusions from the evidence presented. A potential juror watching parts of televised hearings may not be unduly influenced by the testimony of any particular witness or witnesses. Common sense, however, suggests that the potential for lasting impartiality is much less when what is published are the carefully reasoned conclusions of a judge who has heard all the testimony and examined all of the evidence rel-

Les enquêtes publiques comme celle qui fait l'objet du présent pourvoi ne sont pas et ne sauraient être de simples substituts de poursuites criminelles. Le grand public ne reconnaît pas toujours qu'elles ne visent pas principalement à imputer une responsabilité criminelle ou à rejeter le blâme sur quelqu'un. Aux yeux de la plupart des citoyens, une enquête publique comporte beaucoup des caractéristiques d'un procès criminel. C'est souvent un juge qui préside l'enquête, qui entend les témoignages sous serment et les arguments des avocats, et qui tire des conclusions de la preuve présentée. Un futur juré qui regarde une partie des audiences à la télévision peut ne pas être trop influencé par le témoignage de l'un ou l'autre témoin. Cependant, le bon sens nous dit que sa capacité d'être impartial risque d'être grandement diminuée si ce qui est publié, ce sont les conclu-

evant to the inquiry mandate. The publication of these findings of facts and conclusions will create a much greater risk of prejudice to fair trial rights. It is this distinction which may require a different treatment of evidence presented in a public hearing and the final inquiry report. Thus, for example, the publication of the final report of the Hughes Inquiry was delayed until the completion of the trials of all the former brothers of Mount Cashel.

Some of the ideas expressed recently in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, *supra*, concerning the nature of the risks posed by pre-trial publicity to the fair trial rights of individual accused should be repeated. The influence which publicity will have upon jurors must be assessed in light of the circumstances presented by each case. Despite the helpful studies of social scientists in this area, identifying the lasting effects of publicity on jurors remains an inexact science. Recent increases in the number of studies which have been done on juror prejudice are encouraging and promise better guidance for the future. I do not think it possible yet, however, to disregard the warning given in 1952 by Frankfurter J. dissenting in *Stroble v. California*, 343 U.S. 181 (1952), at p. 201:

Science with all its advances has not given us instruments for determining when the impact of such newspaper exploitation has spent itself or whether the powerful impression bound to be made by such inflaming articles as here preceded the trial can be dissipated in the mind of the average juror by the tame and often pedestrian proceedings in court.

Perhaps science will one day be able to prove that in certain situations juror prejudice is inescapable. Until that time, common sense must provide guidance in these decisions.

sions d'un juge qui a minutieusement analysé tous les témoignages et tous les éléments de preuve pertinents par rapport au mandat de la commission d'enquête. La publication de ces constatations de fait et de ces conclusions créera un risque beaucoup plus grave d'atteinte au droit à un procès équitable. C'est à cause de cette distinction qu'il peut être nécessaire de traiter différemment les témoignages présentés dans le cadre d'une enquête publique et le rapport final du commissaire. Ainsi, la publication du rapport final de la commission Hughes a été retardée jusqu'à la fin des procès de tous les anciens frères du Mount Cashel.

Il convient de reprendre certaines des idées exprimées récemment dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, précité, au sujet de la nature des risques que présente la publicité antérieure au procès pour le droit des accusés à un procès équitable. Il faut évaluer l'influence de la publicité sur les jurés selon les circonstances de l'espèce. Malgré les études utiles des spécialistes des sciences humaines dans ce domaine, les recherches sur les effets durables de la publicité sur les jurés ne produisent toujours pas de données exactes. L'augmentation récente du nombre d'études sur la partialité des jurés est encourageante et promet des informations plus précises à l'avenir. Toutefois, je ne pense pas qu'il soit possible encore aujourd'hui de laisser de côté la mise en garde faite par le juge Frankfurter en 1952 dans ses motifs de dissidence dans l'affaire *Stroble c. California*, 343 U.S. 181 (1952), à la p. 201:

[TRADUCTION] Malgré tous ses progrès, la science ne nous a pas encore donné d'instruments qui nous permettent de vérifier si l'impact de cette exploitation par les journaux s'est apaisé ou si les débats insipides et souvent prosaïques de notre cour peuvent dissiper dans l'esprit du juré moyen l'impression puissante que ne manquent pas de produire des articles incendiaires comme ceux qui ont précédé le procès en l'espèce.

Peut-être la science pourra-t-elle un jour prouver que, dans certaines situations, il est inévitable que les jurés soient partiaux. Jusqu'à ce que ce jour arrive, les décisions en cette matière devront être affaire de bon sens.

126

What factors should be considered in assessing the effect of publicity? The circumstances in which the impugned publicity or threatened publicity occurs must be reviewed. The form which the publicity takes (i.e., television or print), the size of the geographical area over which it is disseminated and the extent of the audience are all relevant considerations. The existence of prior unrestrained publicity or other publication sources which are not subject to restraint proceedings is pertinent. So too is the nature of the publicity sought to be restrained. For example, if a docudrama were to identify the accused in all but name and portray them clearly as the actual perfidious perpetrators of the crime with which they were charged then the docudrama might well have a negative impact upon the presumption of innocence with which each juror must begin a trial. Consideration must also be given to the extent to which the publicity is a complete report or at least a comprehensive summary of the proceedings rather than merely a collection of "soundbites" which do not accurately represent the proceedings as a whole. Further, the way in which the publication is presented is important particularly if the testimony is commented upon in an unfair and prejudicial manner by journalists or others.

127

A related factor is whether or not the publication is inflammatory. For example, there may be expression by journalists or others that the accused are criminally liable. In cases such as *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, *supra*, *Kenny*, *supra*, and *R. v. French (No. 2)* (1991), 93 Nfld. & P.E.I.R. 14 (Nfld. S.C.T.D.), etc., it was easier to assess the effect upon the impartiality of jurors since the publications had already occurred. Where, as here, publication pertaining to the Inquiry testimony is anticipated, the assessment is necessarily more speculative.

128

All these considerations form a part of the judicial task in determining an application to restrain an alleged impending breach of s. 11(d). They should not, however, overshadow the true goal of

Quels sont les facteurs en jeu dans l'évaluation de l'effet de la publicité? Il y a lieu de tenir compte des circonstances de la publicité existante ou appréhendée. La forme sous laquelle la publicité se présente (c'est-à-dire à la télévision ou dans la presse), l'étendue du territoire dans lequel l'information est diffusée et l'indice d'audience sont tous pertinents. L'existence d'une publicité antérieure libre d'entrave ou d'autres sources de publicité non visées par une demande de restriction est pertinente. L'est aussi la nature de la publicité qu'on veut faire restreindre. Par exemple, si un docudrame révélait l'identité des accusés sans toutefois les nommer et en faisait clairement les auteurs perfides du crime dont ils sont inculpés, alors ce docudrame pourrait bien avoir un impact négatif sur la présomption d'innocence qui doit habiter tout juré au début du procès. Il faut également prendre en considération la mesure dans laquelle la publicité représente un compte rendu complet ou du moins un résumé détaillé des audiences plutôt qu'un simple rassemblement d'extraits qui ne dépeignent pas fidèlement l'ensemble des débats. En outre, la manière dont la publicité est présentée est importante, surtout si des journalistes ou d'autres personnes font des commentaires sur les témoignages dans des termes injustes et préjudiciables.

Constitue un facteur connexe la question de savoir si la publicité est incendiaire. Par exemple, des journalistes ou d'autres ont pu affirmer que les accusés étaient criminellement responsables. Dans des décisions telles que *Dagenais c. Société Radio-Canada*, précitée, *Kenny*, précitée, et *R. c. French (No. 2)* (1991), 93 Nfld. & P.E.I.R. 14 (C.S. 1^{re} inst. T.-N.), etc., il était plus facile d'évaluer l'effet de la publicité sur l'impartialité des jurés car la publicité avait déjà eu lieu. Lorsque, comme en l'espèce, on s'attend à ce que les témoignages rendus dans le cadre de l'enquête fassent l'objet de publicité, l'évaluation est nécessairement plus conjecturale.

Toutes ces considérations jouent dans la décision du juge de restreindre ou non une prétendue menace de violation de l'al. 11d). Elles ne doivent cependant pas éclipser l'objectif véritable de l'ana-

the analysis. What must be found in order for relief to be granted is that there is a high probability that the effect of publicizing inquiry hearings will be to leave potential jurors so irreparably prejudiced or to so impair the presumption of innocence that a fair trial is impossible. Such a conclusion does not necessarily follow upon proof that there has been or will be a great deal of publicity given to the hearings. Evidence establishing the probable effects of the publicity is also required.

It is for this reason that I must respectfully disagree with the suggestion made by the trial judge in *Kenny, supra*, at p. 351, that an accused enjoys a constitutional right to “be free from excessive adverse publicity while his or her trial is pending”. The right which the accused enjoys is a right to a fair trial. If excessive adverse pre-trial publicity will violate this right, then s. 24(1) of the *Charter* requires that judicial relief be given. But relief should only follow satisfactory proof of a link between the publicity and its adverse effects. Negative publicity does not, in itself, preclude a fair trial. The nexus between publicity and its lasting effects may not be susceptible of scientific proof, but the focus must be upon that link and not upon the mere existence of publicity.

Further, the examination of the effects of publicity cannot be undertaken in isolation. The alleged partiality of jurors can only be measured in the context of the highly developed system of safeguards which have evolved in order to prevent just such a problem. Only when these safeguards are inadequate to guarantee impartiality will s. 11(d) be breached. This simple determination requires the resolution of two difficult questions. First, what is an impartial juror? Second, when do the safeguards of the jury system prevent juror prejudice?

The difficulties inherent in defining an impartial jury were pointed out by Newton N. Minow and Fred H. Cate in “Who Is an Impartial Juror in an Age of Mass Media?” (1991), 40 *American Univ. L. Rev.* 631. The authors note (at pp. 637-38) that

lyse. Ce à quoi il faut conclure pour accorder une réparation c’est qu’il existe une forte probabilité que la publicité des audiences de l’enquête aura pour effet de porter atteinte de manière irréparable à l’impartialité des futurs jurés ou de miner la présomption d’innocence à un point tel qu’il sera impossible de tenir un procès équitable. Il ne suffit pas pour que pareille conclusion soit tirée qu’on prouve que les audiences ont fait ou feront l’objet d’une publicité abondante. Il faut établir en outre quels seront les effets probables de la publicité.

C’est pourquoi je dois, en toute déférence, exprimer mon désaccord avec le juge du procès dans l’affaire *Kenny*, précitée, à la p. 351, selon qui l’accusé jouit du droit constitutionnel [TRADUCTION] d’«être soustrait à toute publicité défavorable excessive avant son procès». Le droit dont jouit l’accusé est le droit à un procès équitable. Si la publicité défavorable excessive avant le procès viole ce droit, le par. 24(1) de la *Charte* commande au tribunal d’accorder une réparation, mais à la condition qu’il soit prouvé de manière satisfaisante qu’il y a un lien entre la publicité et ses effets défavorables. La publicité négative n’est pas en soi incompatible avec un procès équitable. Le lien entre la publicité et ses effets durables n’est peut-être pas susceptible de démonstration scientifique, mais l’accent doit être mis sur ce lien et non sur la simple existence de la publicité.

En outre, les effets de la publicité ne doivent pas être pris isolément. La partialité alléguée des jurés ne peut être appréciée que dans le contexte du système élaboré de garanties qui a justement été conçu pour prévenir un tel problème. C’est uniquement lorsque ces garanties sont insuffisantes pour protéger l’impartialité qu’il y aura atteinte à l’al. 11d). Pour en arriver à cette simple conclusion, il faut répondre à deux questions difficiles. Premièrement, qu’est-ce qu’un juré impartial? Deuxièmement, dans quels cas les garanties de l’institution du jury préviennent-elles la partialité des jurés?

Les difficultés inhérentes à la définition de l’impartialité des jurés ont été mises en lumière par Newton N. Minow et Fred H. Cate dans «Who Is an Impartial Juror in an Age of Mass Media?» (1991), 40 *American Univ. L. Rev.* 631. Les

129

130

131

in the early days of the jury system, jurors were required to be familiar with the facts and parties to a case in order to be eligible to serve. An accused was literally “judged by his peers”. Juries and trials became more sophisticated, and it was no longer seen as necessary that individual jurors be familiar with the case. As concern for the individual rights of the accused developed, it became preferable for jurors to be objective, and this was facilitated if they had no previous knowledge of the facts. However, even before the days of television and mass media coverage, this ideal was criticized by the American writer Mark Twain, as quoted in Minow and Cate, *supra*, at p. 634:

[when juries were first used] news could not travel fast, and hence [one] could easily find a jury of honest, intelligent men who had not heard of the case they were called to try — but in our day of telegraph and newspapers [this] plan compels us to swear in juries composed of fools and rascals, because the system rigidly excludes honest men and men of brains.

auteurs font observer (aux pp. 637 et 638) que, pour être admissibles à la fonction de juré pendant les premiers temps de l’institution du jury, les jurés devaient bien connaître les faits et les parties en litige. Un accusé était littéralement «jugé par ses pairs». Puis, les jurys et les procès devenant plus raffinés, il n’a plus été jugé nécessaire que les jurés connaissent bien l’affaire. À mesure que s’est développée la préoccupation pour les droits individuels, il est devenu préférable d’avoir des jurys objectifs et, pour cela, il valait mieux qu’ils n’aient aucune connaissance des faits. Toutefois, même avant l’époque de la télévision et des grands médias, cet idéal avait été critiqué par l’écrivain américain Mark Twain (cité dans Minow et Cate, *loc. cit.*, à la p. 634):

[TRADUCTION] [au tout début des jurys] les nouvelles ne circulaient pas vite et il était donc facile de trouver des jurés honnêtes, intelligents, qui n’étaient pas au fait de l’affaire qu’ils devaient juger — mais de nos jours avec le télégraphe et les journaux, [cet] état de choses nous oblige à assermenter des jurys formés d’imbéciles et de vauriens, parce que le système inflexible exclut les hommes honnêtes et les hommes intelligents.

132 The objective of finding 12 jurors who know nothing of the facts of a highly-publicized case is, today, patently unrealistic. Just as clearly, impartiality cannot be equated with ignorance of all the facts of the case. A definition of an impartial juror today must take into account not only all our present methods of communication and news reporting techniques, but also the heightened protection of individual rights which has existed in this country since the introduction of the *Charter* in 1982. It comes down to this: in order to hold a fair trial it must be possible to find jurors who, although familiar with the case, are able to discard any previously formed opinions and to embark upon their duties armed with both an assumption that the accused is innocent until proven otherwise, and a willingness to determine liability based solely on the evidence presented at trial.

Il est manifestement peu réaliste de nos jours de penser trouver 12 jurés qui ignorent tout des faits d’une affaire à laquelle les médias ont porté beaucoup d’attention. Il est tout aussi évident que l’on ne saurait assimiler l’impartialité à l’ignorance de tous les faits d’une affaire. Pour définir en quoi consiste l’impartialité chez un juré de nos jours, il faut tenir compte non seulement de tous nos moyens actuels de communication et nos techniques de diffusion des informations, mais encore de la meilleure protection accordée aux droits individuels dans notre pays depuis l’adoption de la *Charte* en 1982. Voici donc à quoi se réduit l’objectif visé: pour qu’il soit possible de tenir un procès équitable, il faut trouver des jurés qui, bien qu’ils soient au fait de l’affaire, sont capables d’écarter leurs préventions et de s’atteler à leur tâche en gardant à l’esprit la présomption que l’accusé est innocent jusqu’à preuve du contraire et en ayant la volonté de décider de sa culpabilité seulement sur la base de la preuve produite au procès.

133 I am of the view that this objective is readily attainable in the vast majority of criminal trials

Je suis d’avis que l’on peut facilement atteindre cet objectif dans la grande majorité des procès cri-

even in the face of a great deal of publicity. The jury system is a cornerstone of our democratic society. The presence of a jury has for centuries been the hallmark of a fair trial. I cannot accept the contention that increasing mass media attention to a particular case has made this vital institution either obsolete or unworkable. There is no doubt that extensive publicity can prompt discussion, speculation, and the formation of preliminary opinions in the minds of potential jurors. However, the strength of the jury has always been the faith accorded to the good will and good sense of the individual jurors in any given case. The confidence in the ability of jurors to accomplish their tasks has been put in this way in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at p. 761:

Today's jurors are intelligent and conscientious, anxious to perform their duties as jurors in the best possible manner. They are not likely to be forgetful of instructions. The following passage from *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273 (Ont. S.C.), at p. 279, approved in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 695, is apposite:

The danger of a miscarriage of justice clearly exists and must be taken into account but, on the other hand, I do not feel that, in deciding a question of this kind, one must proceed on the assumption that jurors are morons, completely devoid of intelligence and totally incapable of understanding a rule of evidence of this type or of acting in accordance with it. If such were the case there would be no justification at all for the existence of juries. . . . [Emphasis in original.]

The solemnity of the juror's oath, the existence of procedures such as change of venue and challenge for cause, and the careful attention which jurors pay to the instructions of a judge all help to ensure that jurors will carry out their duties impartially. In rare cases, sufficient proof that these safeguards are not likely to prevent juror bias may warrant some form of relief being granted under s. 24(1) of the *Charter*. The relief may take many forms. It may be the enjoining of hearings at a public inquiry, a publication ban on some of the evidence given at the inquiry, a staying of the criminal charges, or the imposition of additional protections for the defence at the stage of jury

minels même lorsqu'ils font l'objet d'une publicité abondante. L'institution du jury est un élément fondamental de notre société démocratique. Depuis des siècles, la présence du jury a été le garant d'un procès équitable. Je ne peux pas accepter l'argument qu'en raison de l'attention accrue portée par les médias à une affaire donnée, cette institution vitale soit tombée en désuétude ou ne puisse plus remplir sa fonction. Il est certain que la publicité abondante peut susciter des réflexions et des conjectures, et inciter de futurs jurés à se faire d'avance une opinion. Toutefois, la force du jury a toujours résidé dans la confiance qu'on a eue dans la bonne volonté et le bon sens de chacun des jurés relativement à une affaire donnée. La confiance dans la capacité des jurés d'accomplir leur tâche a été décrite dans les termes suivants dans *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, à la p. 761:

De nos jours, les jurés sont intelligents et consciencieux et ils veulent remplir leur devoir de jurés du mieux qu'ils peuvent. Ils sont peu susceptibles d'oublier des directives. Le passage suivant de l'arrêt *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273 (C.S. Ont.), à la p. 279, approuvé dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 695 convient très bien:

(TRADUCTION) Il y a évidemment un danger réel de déni de justice, ce qui doit être pris en considération mais, d'un autre côté, je ne crois pas qu'en tranchant une question de ce genre, on doit supposer que les jurés sont des crétins, tout à fait dénués d'intelligence et totalement incapables de comprendre une règle de preuve de ce type ou de la suivre. S'il en était ainsi, les jurys n'auraient aucune raison d'être . . . [Souligné dans l'original.]

La solennité du serment du juré, l'existence de procédures telles que le changement de lieu du procès et la récusation motivée, ainsi que la grande attention que les jurés prêtent aux directives d'un juge, contribuent tous à faire en sorte que les jurés exerceront leurs fonctions avec impartialité. Dans de rares cas, une preuve suffisante que ces garanties n'empêcheront vraisemblablement pas les jurés de manifester un parti pris pourra autoriser le tribunal à accorder une réparation sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*. Celle-ci peut prendre diverses formes. Il peut s'agir de l'interdiction de la tenue d'audiences par une commission d'enquête, de l'interdiction de publication d'une partie

selection: see, as an early example, *R. v. Kray* (1969), 53 Cr. App. R. 412, referred to with approval in *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, aff'd [1977] 2 S.C.R. 267. As this Court has held in the past, this type of relief will not be granted on the basis of speculation alone. Normally the time for assessing whether or not an accused's fair trial rights have been so impaired that s. 24(1) relief is required will be at the time of jury selection: *Vermette, supra*; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509.

des témoignages rendus à l'enquête, de l'arrêt des procédures criminelles ou de l'imposition d'autres mesures protectrices en faveur de la défense au stade de la sélection des jurés: voir par exemple l'affaire qui remonte à quelque temps *R. c. Kray* (1969), 53 Cr. App. R. 412, mentionnée et approuvée dans *R. c. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, conf. par [1977] 2 R.C.S. 267. Comme notre Cour l'a décidé dans le passé, la décision d'accorder ce type de réparation ne doit pas reposer sur de simples conjectures. Normalement, c'est au moment de la sélection des jurés qu'il convient que le tribunal décide si l'atteinte portée au droit à un procès équitable justifie une réparation sous le régime du par. 24(1): *Vermette*, précité; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509.

135 It is not necessary to spend time reviewing the proper method of considering a publication ban. That is now set out in the reasons of Lamer C.J. in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.* Namely, the publications ban should only be ordered when: (a) such a ban is necessary in order to prevent a real and substantial risk to the fairness of the trial, because reasonably available alternative measures will not prevent the risk; and (b) the salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects to the free expression of those affected by the ban. This is the test that must be applied in this case.

Il n'est pas nécessaire de s'attarder à la méthode qui conviendrait pour examiner une interdiction de publication. Ce point est maintenant établi dans les motifs du juge en chef Lamer dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*. C'est-à-dire que l'interdiction de publication ne doit être ordonnée que si: a) elle est nécessaire pour écarter le risque réel et important que le procès soit inéquitable, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque, et b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur la libre expression de ceux qui sont touchés par l'ordonnance. C'est le critère qu'il faut appliquer dans le présent pourvoi.

136 It is significant that other jurisdictions have also adopted stringent tests that must be met by those seeking to ban pre-trial publication in order to prevent an accused's fair trial being compromised. In England, fair trial rights are statutorily protected and enforced by means of a contempt of court process. There the Court of Appeal recently held that the section of the *Contempt of Court Act 1981* (U.K.), 1981, c. 49, which endows courts with the power to order bans imposes three requirements which an applicant must satisfy. These are: (1) "that publication would create 'a substantial risk of prejudice to the administration of justice'"; (2) that the ban "appears to be necessary for avoiding" that risk"; and (3) that the court, "having regard to the competing public interests of ensuring a fair

Il est significatif que les tribunaux étrangers aient aussi adopté des critères stricts auxquels doivent satisfaire ceux qui demandent l'interdiction de publication avant le procès dans le but de prévenir toute menace pour l'équité du procès d'un accusé. En Angleterre, le droit à un procès équitable est protégé par un recours pour outrage au tribunal inscrit dans la loi. La Cour d'appel y a décidé récemment que l'article de la *Contempt of Court Act 1981* (R.-U.), 1981, ch. 49, qui habilite les tribunaux à prononcer l'interdiction de publication, impose trois conditions aux demandeurs: (1) [TRADUCTION] «la publication "risque fort de porter préjudice à l'administration de la justice"»; (2) l'interdiction «"semble nécessaire pour éviter" ce risque», et (3) le tribunal «estime opportun de ren-

trial and of open justice, considers it appropriate to make an order". See *Ex parte Telegraph plc*, [1993] 2 All E.R. 971, at p. 975.

The American position can be even stricter. In a leading "prior restraint" case the United States Supreme Court ruled that an applicant for a publication ban must introduce evidence to prove (1) the probable nature of and extent to which pre-trial publicity would influence potential jurors; (2) that other measures would not be likely to mitigate the effects of pre-trial publicity; and (3) that the limit on publication will probably prevent the threatened prejudice. See *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976), at p. 562. However, in a later case the court suggested that this test should be relaxed when applied to pre-trial proceedings, where judges may order "protective measures even when they are not strictly and inescapably necessary": *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979), at p. 378.

One other issue which was raised in the context of fair trial rights and pre-trial publicity was whether an accused who has elected trial by judge alone can nonetheless assert a breach of his or her fair trial rights by reason of pre-trial publicity. This issue does not arise directly in this appeal since, as of the date of the hearing of the appeal, both accused were deemed to have elected trial by judge and jury. Nonetheless, the point was raised in argument as it appears that both accused respondents had indicated some interest in a trial by judge alone prior to the laying of the preferred indictments.

In my view, an individual who has elected to be tried by judge alone cannot also claim that his fair trial rights have been breached by excessive pre-trial publicity. This was the view of the Newfoundland Court of Appeal in *R. v. Burke (No. 3)* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 191, at p. 208 (*per* Gushue

dre une telle ordonnance, eu égard aux intérêts opposés que représentent, dans l'optique du bien public, l'équité du procès et la transparence de la justice». Voir l'arrêt *Ex parte Telegraph plc*, [1993] 2 All E.R. 971, à la p. 975.

Un point de vue encore plus strict a été exprimé aux États-Unis. Dans un arrêt de principe sur la «restriction préalable», la Cour suprême a décidé que celui qui demande l'interdiction de publication doit prouver trois éléments: (1) la nature probable de la publicité antérieure au procès et la mesure dans laquelle elle influencerait les futurs jurés; (2) le fait qu'aucune autre solution ne serait susceptible d'atténuer les effets de la publicité antérieure au procès, et (3) le fait que la restriction de la publication prévient probablement le préjudice appréhendé. Voir *Nebraska Press Assn. c. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976), à la p. 562. Toutefois, dans un arrêt postérieur, la cour a émis l'avis qu'il y a lieu d'appliquer ce critère de façon plus libérale lorsqu'il s'agit d'une procédure préalable au procès car les juges peuvent imposer [TRADUCTION] «des mesures protectrices même dans les cas où elles ne seraient pas strictement et inévitablement nécessaires»: *Gannett Co. c. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979), à la p. 378.

Une autre question soulevée à propos du droit à un procès équitable et de la publicité antérieure au procès est celle de savoir si l'accusé qui a choisi d'être jugé par un juge seul peut néanmoins prétendre que la publicité antérieure au procès porte atteinte à son droit à un procès équitable. Cette question ne se pose pas directement en l'espèce puisque, à la date de l'audition du pourvoi, les deux accusés étaient réputés avoir opté pour un procès devant juge et jury. Malgré tout, ce point a été soulevé lors des plaidoiries car il semble que les deux accusés intimés ont manifesté leur intérêt pour un procès devant un juge seul avant le dépôt des actes d'accusation.

À mon avis, la personne qui a choisi d'être jugée par un juge seul ne peut pas prétendre que son droit à un procès équitable a été violé par une publicité excessive avant le procès. C'est l'avis qu'a exprimé la Cour d'appel de Terre-Neuve dans l'arrêt *R. c. Burke (No. 3)* (1994), 117 Nfld. &

137

138

139

J.A., dissenting on another point). The process of electing the mode of trial is a voluntary exercise freely undertaken by the accused. It follows that an accused must accept all of the consequences flowing from his choice of mode of trial. One of these is that if trial by judge alone is selected it must be assumed that a trial judge trained to be objective and well-versed in the legal burden resting upon the prosecution can readily disabuse him- or herself of the prejudicial effects of pre-trial publicity.

140 In summary the following can be stated. The public Inquiry is important to the province of Nova Scotia and all concerned with the mining industry. The compelled testimony of the mine managers is vitally important to this Inquiry. Canadian statutes relating to evidence and the *Charter* have indicated a preference for compelled testimony coupled with later protection for the witness. The Nova Scotia Government has considered and acknowledged the risk it runs with regard to the criminal charges in choosing to proceed with the inquiry. That decision should not be reversed by the court. At this time the balance between individual and public rights which must be drawn under s. 7 favours the public interest in proceeding with the Westray Inquiry and with the hearing of whatever compelled testimony the Commissioner may decide is necessary to perform his allotted task.

141 As well, some general principles can be seen to apply to the problems which may arise from proceeding with both public inquiries and criminal charges against some witnesses to be called at those public inquiries.

142 1. Public inquiries often play an important role in satisfying public interest and concern as to the cause of a tragedy, the safety of persons involved in the operation of the institution or industry to be investigated, the nature of the applicable safety regulations, the governmental enforcement of those regulations and procedures, and recommen-

P.E.I.R. 191, à la p. 208 (le juge Gushue, dissident sur un autre point). L'accusé choisit librement le mode du procès. Il s'ensuit qu'il doit accepter toutes les conséquences de son choix, dont le fait que, s'il opte pour un procès devant un juge sans jury, il faut présumer que le juge du procès, qui est, de par sa formation, objectif et averti que la charge de persuasion retombe sur l'accusation, peut facilement écarter de son esprit les effets préjudiciables de la publicité antérieure au procès.

Voici un résumé de mes conclusions. L'enquête publique est importante pour la province de la Nouvelle-Écosse et pour tous les intéressés dans l'industrie minière. Aux fins de cette enquête, la possibilité de contraindre les directeurs de la mine à témoigner présente une importance primordiale. Les lois canadiennes en matière de preuve et la *Charte* donnent la préférence à la contraignabilité conjuguée à la protection offerte au témoin dans les procédures ultérieures. Le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a évalué et reconnu le risque au regard des poursuites criminelles que comportait sa décision de tenir une enquête. Le tribunal ne doit pas révoquer cette décision. À ce stade-ci, puisque l'art. 7 nous commande de soupeser les droits individuels et le bien public, la balance penche en faveur de l'intérêt public dans la poursuite de l'enquête Westray et dans l'obtention par la contrainte des témoignages que le commissaire estime nécessaires pour l'accomplissement de son mandat.

On peut voir en outre que certains principes généraux sont applicables aux problèmes que pose la tenue à la fois d'une enquête publique et de poursuites criminelles contre certains témoins qui doivent comparaître devant la commission d'enquête.

1. Les enquêtes publiques jouent souvent un rôle important, parce qu'elles répondent aux attentes et aux préoccupations de la population par rapport à la détermination de la cause d'une tragédie, à la sécurité des travailleurs de l'établissement ou de l'industrie en cause, à la nature de la réglementation et des mesures en matière de sécurité et à leur

dations for the future safety of the industry or institution.

2. The right to a fair trial is of fundamental importance and must always be carefully considered in determining whether *Charter* remedies should be granted in order to protect that right.

3. The importance of public inquiries requires that all persons with relevant evidence to be given will be subject to subpoena and compellable to testify as witnesses.

4. The rights of those witnesses are generally protected by the provisions of the *Charter*, particularly ss. 11(d), 13 and 7.

5. Not only will the witness have the right not to have the testimony given used to incriminate him or her, there will also be protection from the use of "derivative evidence" as provided by *S. (R.J.)*.

6. Those seeking to have the court ban the publication of evidence have the burden of establishing the necessity of the ban. That is to say they must demonstrate that the effect of publicizing the evidence will be to leave potential jurors irreparably prejudiced or so impair the presumption of innocence that a fair trial is impossible. Before relief is granted in order to preserve the right to a fair trial, satisfactory proof of the link between the publicity and its adverse effect must be given.

7. Assessment of the effect of the publicity on the right to a fair trial must take place in the context of the existing procedures to safeguard the selection of jurors. Further, the nature and extent of the publicity must be considered.

application par l'État, ainsi qu'aux recommandations destinées à assurer la sécurité à l'avenir dans l'industrie ou l'établissement.

2. Le droit à un procès équitable revêt une importance fondamentale et il doit toujours être pris en compte quand il s'agit de décider s'il y a lieu d'accorder une réparation sous le régime de la *Charte* afin de protéger ce droit.

3. Étant donné l'importance des enquêtes publiques, il est indispensable que toutes les personnes susceptibles de rendre un témoignage pertinent puissent être assignées comme témoins et contraintes de témoigner.

4. Les droits de ces témoins sont généralement protégés par les dispositions de la *Charte*, en particulier par l'al. 11d) et par les art. 13 et 7.

5. Non seulement les témoins ont droit à ce qu'aucun témoignage qu'ils donnent ne soit utilisé pour les incriminer, mais encore ils sont protégés contre l'utilisation de la «preuve dérivée» suivant l'arrêt *S. (R.J.)*.

6. Ceux qui demandent au tribunal d'interdire la publication des témoignages ont la charge de démontrer la nécessité d'une telle ordonnance. C'est-à-dire qu'ils doivent démontrer que la publication de la preuve aura pour effet de porter atteinte de manière irréparable à l'impartialité des futurs jurés ou de miner la présomption d'innocence à un point tel qu'il sera impossible de tenir un procès équitable. Avant d'accorder une réparation pour préserver le droit à un procès équitable, le tribunal doit disposer d'une preuve satisfaisante du lien entre la publicité et son effet préjudiciable.

7. L'évaluation de l'effet de la publicité sur le droit à un procès équitable doit tenir compte du contexte des garanties existantes que comporte le mode de sélection des jurés. La nature et la portée de la publicité doivent aussi être prises en considération.

143

144

145

146

147

148

149 8. The applicant seeking the ban must establish that there are no alternative means available to prevent the harm the ban seeks to prevent.

8. Le requérant qui sollicite l'interdiction doit établir qu'il n'existe aucune autre solution permettant de prévenir le préjudice que l'interdiction cherche à prévenir.

150 9. The remedy should not extend beyond the minimum relief required to ensure the fair trial of the witness.

9. La réparation ne doit pas excéder le minimum nécessaire pour garantir un procès équitable au témoin.

151 10. In some circumstances proceeding with the public inquiry may so jeopardize the criminal trial of a witness called at the inquiry that it may be stayed or result in important evidence being held to be inadmissible at the criminal trial. In those situations it is the executive branch of government which should make the decision whether to proceed with the public inquiry. That decision should not, except in rare circumstances, be set aside by a court.

10. Dans certaines circonstances, la tenue d'une enquête publique pourrait compromettre le procès criminel d'un témoin assigné à l'enquête au point d'entraîner l'arrêt des procédures ou d'amener la cour à conclure que des éléments de preuve importants sont inadmissibles. En pareil cas, il appartient au pouvoir exécutif de prendre la décision de tenir une enquête publique. Sauf dans de rares cas, les tribunaux ne devraient pas annuler la décision prise.

152 11. If the accused elect trial before a judge alone then pre-trial publicity will not be a factor to be taken into consideration in assessing the fairness of the trial.

11. Si les accusés optent pour un procès devant un juge seul, la publicité antérieure au procès ne sera pas un facteur à prendre en considération dans l'appréciation de l'équité du procès.

4. Application of the Principles

4. Application des principes

A. *Would the Section 11(d) Rights of the Accused be Violated by Proceeding with the Inquiry?*

A. *La tenue de l'enquête porterait-elle atteinte aux droits que l'al. 11d) garantit aux accusés?*

153 First, it must be determined whether the respondent mine managers have satisfied the burden of proof which lies upon them to demonstrate that the holding of the public hearings prior to or concurrently with the trials of the two accused would violate their fair trial rights. In my opinion, subject to two possible exceptions, they have not. This conclusion does not preclude them from making submissions to a court at a later time that they have by that time suffered more prejudice to their fair trial rights than I can reasonably foresee at this point. If at that stage they successfully establish the requisite degree of prejudice, they will no doubt be granted appropriate relief.

Il faut d'abord déterminer si les directeurs de la mine intimés se sont acquittés de la charge qui leur incombe de prouver que la tenue des audiences publiques avant le procès des deux accusés ou simultanément violerait leur droit à un procès équitable. À mon avis, ils ne l'ont pas fait, sous réserve de deux exceptions possibles. Cette conclusion ne les empêche pas de faire valoir plus tard devant un tribunal qu'un préjudice plus grave que celui que je peux raisonnablement prévoir aujourd'hui a été causé à leur droit à un procès équitable. Si, à ce stade, ils réussissent à établir un préjudice suffisant, la réparation convenable leur sera certainement accordée.

154 The two accused contend that there are three general types of unfairness which they will suffer as a result of the Inquiry hearings. These are: the adverse effects of the publicity which is sure to

Les deux accusés soutiennent que le préjudice causé par les audiences publiques à l'équité de leur procès prend trois formes: les effets défavorables de la publicité dont les audiences publiques feront

accompany the public hearings of the inquiry, the fact that the two accused may be subject to simultaneous criminal and inquiry proceedings, and the allegedly unfair and oppressive collaboration of the RCMP and the Commission staff.

(i) Adverse publicity

There is no doubt that the Westray disaster has been the subject of intense media attention for over two years. It is reasonable to assume that this same attention will continue unabated at both the Westray Inquiry and the criminal trials of the accused mine managers. Evidence was adduced that over 860 articles pertaining to the event and the subsequent proceedings have appeared in the two Halifax newspapers alone. The sheer magnitude of coverage indicates that there is a risk that the fair trial interests of the accused individuals may be jeopardized.

Little evidence was lead, however, on the nature of this coverage. The sample newspaper articles submitted deal principally with the progress of the Inquiry. The articles are not inflammatory, and seem to be objective. The two accused are mentioned only in passing. I have no reason to doubt the claims made by some of the respondents that the press has reported allegations of poor mining and safety practices at the mine while it was under the supervision of the two accused, but unfortunately no examples of this negative publicity were produced.

The form of the publicity is also relevant. The publicity to this point is news coverage which, in theory, should mean the accurate and unbiased reporting of events as they unfold. This is a far different and less damaging form of publicity than say a fictionalized docudrama which appears to identify the accused as evil people who have committed the very crime with which they are charged.

There has been no evidence put forward that the publicity to date has resulted in any actual bias in

sûrement l'objet, le fait que les deux accusés puissent être soumis simultanément à un procès criminel et à une enquête, et la collaboration injuste et oppressive qu'ils reprochent à la GRC et au personnel de la commission.

(i) Publicité défavorable

Il n'y a pas de doute que les médias ont porté un intérêt considérable au désastre de Westray depuis plus de deux ans. Il est raisonnable de supposer que leur intérêt ne diminuera pas en ce qui concerne tant l'enquête Westray que les procès criminels des directeurs de la mine accusés. Selon la preuve produite, les deux journaux de Halifax ont publié à eux seuls plus de 860 articles sur l'explosion et sur les instances qui en ont résulté. L'ampleur même de la couverture tend à confirmer l'existence d'un risque que le droit des accusés à un procès équitable soit compromis.

Cependant, peu d'éléments de preuve ont été présentés sur la nature de cette couverture. Les quelques articles produits traitent principalement du progrès de l'enquête. Ils ne sont pas incendiaires et semblent être objectifs. Si on y fait mention des deux accusés ce n'est qu'en passant. Je n'ai aucune raison de mettre en doute l'affirmation faite par certains des intimés selon laquelle la presse aurait fait état d'allégations concernant des pratiques insatisfaisantes dans l'exploitation et la sécurité, du temps où les deux accusés surveillaient les opérations, mais malheureusement aucun exemple de cette publicité défavorable n'a été produit.

La forme de la publicité est également pertinente. Jusqu'ici, la publicité a consisté dans la couverture des faits d'actualité, ce qui, en théorie, s'entend de reportages exacts et non tendancieux sur les faits au fur et à mesure qu'ils se produisent. C'est une forme de publicité bien différente et moins préjudiciable que, mettons, un docudrame qui semble faire passer les accusés pour des méchants qui ont perpétré le crime même qui leur est reproché.

Aucun élément de preuve n'a été produit qui montre que la publicité a, jusqu'à maintenant,

155

156

157

158

the community from which the jury pool will eventually be drawn. Nor has any explanation been offered as to why the standard safeguards for guaranteeing an impartial jury will not function adequately in this case. Neither has there been any attempt to demonstrate why publicity from the inquiry in particular will prejudice jurors more than any of the publicity which has already occurred.

159 Although the Court of Appeal held that nothing short of a stay of the inquiry hearings could adequately prevent the threat posed to the *Charter* rights of the accused persons, a closer review of the reasons of Hallett J.A., at p. 259, suggests that the threat posed by publicity was not his primary concern:

I have considered whether in camera sessions or publication bans or a combination of the two would be sufficient safeguards to allow the inquiry to proceed. That solution does not respond to the anticipated breaches of the respondents' right to silence if the hearings proceed. I also agree with Chief Justice Glube that public inquiries should be public.

Delaying the filing of the Commissioner's report until after the trials does not answer the problem as the public hearings would have gone ahead in the meantime with the consequent infringement of the respondents' *Charter* rights. Most importantly the Commissioner's mandate cannot be fulfilled until he delves into the cause of the explosion and that can only be done after the respondents' trials. [Emphasis added.]

Hallett J.A. also conceded at pp. 251-52 that:

There is a temptation to apply *Vermette* and simply say any *Charter* infringement issues can be dealt with at the trial. . . . While such a course of action might be satisfactory to deal with the effect of pretrial publicity on the respondents right to a fair trial, it would not take into account the unfairness that is created by the Commissioner's ability to conduct an investigation into the respondents' involvement, if any, leading to the explosion without the respondents having the protection of normal criminal law procedures. . . . [Emphasis added.]

suscité un parti pris au sein de la collectivité dont les membres seront appelés à former le tableau des jurés. Et aucune raison n'a été fournie qui explique pourquoi les garanties normales de l'impartialité du jury seraient insuffisantes dans la présente espèce. On n'a pas tenté non plus de démontrer pourquoi la publicité dont l'enquête fera l'objet minera davantage l'impartialité des jurés que la publicité déjà faite.

Bien que la Cour d'appel ait conclu que seule la suspension des audiences de l'enquête pouvait écarter de façon adéquate la menace pour les droits garantis aux accusés par la *Charte*, l'examen plus attentif des motifs du juge Hallett révèle, à la p. 259, que la menace que constituait la publicité n'était pas ce qui le préoccupait le plus:

[TRADUCTION] Je me suis demandé si le huis clos ou l'interdiction de publication ou une combinaison des deux solutions serait une garantie suffisante qui permettrait la poursuite de l'enquête. Cette solution ne tient pas compte de la menace de violation du droit des intimés de garder le silence que représenteraient les audiences. En outre, je suis d'avis, comme le juge en chef Glube, qu'une enquête publique devrait être tenue en public.

Remettre le dépôt du rapport du commissaire à une date postérieure aux procès ne règle pas le problème, car les audiences publiques auraient eu lieu entre temps et une atteinte aurait donc été portée aux droits des intimés garantis par la *Charte*. Et, fait des plus important, le commissaire ne peut pas remplir son mandat sans étudier la cause de l'explosion, et cela il ne pourra le faire qu'après les procès des intimés. [Je souligne.]

Le juge Hallett a également admis, aux pp. 251 et 252:

[TRADUCTION] On serait tenté d'appliquer l'arrêt *Vermette* et de dire simplement que toute question relative à une violation de la *Charte* doit être examinée au procès [. . .] Quoique cette ligne de conduite puisse être satisfaisante en ce qui a trait à l'effet de la publicité antérieure au procès sur le droit des intimés à un procès équitable, elle ne tient cependant pas compte du caractère inéquitable de la situation où le commissaire est habilité à mener une enquête sur le rôle des intimés, le cas échéant, dans l'explosion, sans que ceux-ci ne puissent invoquer la protection de procédures criminelles normales . . . [Je souligne.]

These statements indicate that the hearings were stayed primarily on the basis of an apprehended violation of the accused persons' right to silence, rather than owing to a threat to their fair trial rights. In light of the protection provided to the witnesses relative to the testimony at the Inquiry, no such threat to the right to silence exists in the circumstances of this case. In the absence of that threat, it appears that the Court of Appeal might have concluded that merely proceeding with the public hearing did not present a serious risk to the s. 11(d) rights of the respondents Roger Parry and Gerald Phillips.

In my view, the Westray Inquiry hearings would not present an unacceptable risk to the s. 11(d) fair trial rights of the respondent managers. Often the publicity pertaining to the evidence given at the Inquiry will have little effect on potential jurors. The impact may be fleeting and quickly fade away. How very quickly the details of a news story can be forgotten. The passage of a very few days may suffice to dim if not obliterate the memory of the reporting of Inquiry evidence. The likelihood of a prejudicial effect upon fair trial rights may be small indeed, a minor item washed away in the flood of information generated daily by the media.

However, the publication of the testimony of the two accused managers presents a very different situation. Obviously anything said by the accused will have a far greater impact than the evidence of many other witnesses. There is a real possibility that it will be stressed in media reports and well remembered by potential jurors. Yet, as accused, the managers can never be required to testify at their trial. The publication of their evidence at the Inquiry might mean that potential jurors would have been exposed to testimony that they might never hear at the trial. This coupled with the fact that it came from the accused themselves would make it difficult for jurors, despite their good intentions and the best of instructions from the trial judge to set it aside and leave it out of their consid-

160
Il ressort de ces propos que les audiences ont été suspendues principalement en raison d'une menace de violation du droit des accusés de garder le silence plutôt que d'une atteinte appréhendée à leur droit à un procès équitable. Vu la protection accordée aux témoins relativement aux témoignages qu'ils donnent à l'enquête, il n'y a aucune menace en l'espèce pour leur droit de garder le silence. En l'absence de cette menace, il semble que la Cour d'appel aurait pu conclure que la tenue des audiences publiques en soi ne représentait pas un risque grave de violation des droits garantis par l'al. 11d) aux intimés Roger Parry et Gerald Phillips.

161
À mon avis, les audiences de l'enquête Westray ne mettraient pas en danger de manière inacceptable le droit à un procès équitable que l'al. 11d) garantit aux directeurs intimés. Souvent, la publicité dont font l'objet les témoignages rendus à une enquête aura peu d'effet sur les futurs jurés. Il peut s'agir d'un effet passager, qui disparaîtra rapidement. Comme on oublie vite les détails d'un fait d'actualité! Au bout de quelques jours à peine, le souvenir des reportages sur les témoignages entendus dans le cadre de l'enquête se sera estompé, sinon effacé. La probabilité d'un effet préjudiciable sur le droit à un procès équitable peut être très faible en effet; une nouvelle de peu d'importance noyée dans la mer d'informations diffusées quotidiennement par les médias.

162
Toutefois, la situation est tout autre dans le cas de la publication du témoignage des deux directeurs accusés. De toute évidence, tout ce qu'ils diront aura des répercussions beaucoup plus grandes que le témoignage de nombre d'autres témoins. Il est tout à fait possible que les médias y prêtent beaucoup d'attention et que les futurs jurés s'en souviennent. Pourtant, en tant qu'accusés, les directeurs ne peuvent en aucun cas être contraints de témoigner à leur procès. La publication de leur témoignage à l'enquête pourrait signifier que les futurs jurés ont pu prendre connaissance de témoignages qu'il ne leur serait jamais donné d'entendre aux procès. Si l'on y ajoute le fait que ce sont les accusés eux-mêmes qui les auraient rendus, il serait difficile pour les jurés, malgré leurs bonnes

erations. In respect of this evidence, then, there is a clearly identifiable and serious risk that the fair trial rights of the two accused will be jeopardized. The risk does not warrant the staying of the hearings. Rather, if the trial had proceeded before a judge and jury an appropriate remedy for this breach would have been an application by Roger Parry and Gerald Phillips to the Commissioner for an order banning the publication of all or a part of their testimony. The decision of the Commissioner could have been appealed to a judge of the court with jurisdiction to hear the pending criminal charges. This issue is no longer relevant in light of the election of Parry and Phillips to be tried by a judge alone.

intentions et les meilleures directives du juge du procès, de les écarter et de ne pas en tenir compte au moment de délibérer. En ce qui concerne ces témoignages, il existe un risque grave, nettement discernable, que le droit des deux accusés à un procès équitable soit mis en danger. Ce risque ne justifie pas la suspension des audiences. Si le procès s'était déroulé devant un juge et jury, une réparation convenable aurait plutôt été que Roger Parry et Gerald Phillips demandent au commissaire d'interdire la publication de la totalité ou d'une partie de leurs témoignages. La décision du commissaire aurait pu être portée en appel devant un juge du tribunal compétent pour entendre les accusations criminelles. La question n'est plus pertinente vu que Parry et Phillips ont choisi d'être jugé par un juge seul.

163 The second condition relates to the Commissioner's final report. For the reasons set out earlier, I am of the view that the publication of the Commissioner's conclusions prior to the completion of the criminal trials could have very well influenced the jurors in their deliberations. The publication of the report should be delayed until such time as Parry and Phillips have had an opportunity to review it and, if so advised, to bring an application to ban its publication until such time as the criminal charges had been disposed of after trial or stayed.

La seconde condition concerne le rapport final du commissaire. Pour les motifs que j'ai déjà exposés, je suis d'avis que la publication des conclusions du commissaire avant la fin des procès criminels aurait bien pu infléchir les délibérations des jurés. La publication du rapport devrait être retardée jusqu'à ce que Parry et Phillips aient eu la possibilité de l'examiner et, si on leur avait conseillé de le faire, de demander que sa publication soit interdite jusqu'à ce que les accusations aient fait l'objet d'une décision après procès ou d'un arrêt des procédures.

(ii) Concurrent Proceedings

(ii) Procédures concomitantes

164 The respondent Roger Parry takes the position that the oppressive nature of the state's simultaneously taking action against himself and Gerald Phillips in two separate proceedings constitutes a violation of his s. 11(d) rights. In my opinion, this submission is not sufficiently supported by the evidence to warrant the granting of prospective relief.

L'intimé Roger Parry soutient que la nature oppressive de l'action de l'État, qui les poursuit, Gerald Phillips et lui, dans deux procédures distinctes et simultanées, constitue une violation des droits que lui garantit l'al. 11d). À mon avis, cet argument n'est pas suffisamment étayé par la preuve pour justifier une réparation préventive.

165 Neither the fact that an individual is subject to other judicial or state-initiated proceedings in addition to a criminal trial (*Re Orysiuk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 445 (Alta. C.A.)) nor that these proceedings may be held contemporaneously with the criminal trial (*Stickney v. Trusz* (1973), 2 O.R. (2d) 469 (H.C.)) precludes the fair-

Ni le fait qu'un particulier soit soumis à d'autres procédures judiciaires ou à une instance engagée à l'initiative de l'État en plus du procès au criminel (*Re Orysiuk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 445 (C.A. Alb.)), ni le fait que ces procédures et le procès criminel puissent être simultanés (*Stickney v. Trusz* (1973), 2 O.R. (2d) 469 (H.C.)), ne ren-

ness of that trial. As with pre-trial publicity or any other action or circumstance which is alleged to jeopardize an accused's fair trial rights, what must be proven is not simply the act itself or the existence of the circumstances, but rather the prejudice which flows from them. That prejudice has not been demonstrated in this case. As a general rule, it is desirable that the public inquiry proceed as quickly as possible. However, in the present case, as the Attorney General has elected to proceed with and is now well into the criminal trial, I trust that such care and courtesy will be displayed by the Commission and the judge presiding at the trial that the managers and their counsel will not be unduly prejudiced by the commencement of simultaneous proceedings.

The respondent Parry claims that he will be subjected to increased legal costs if the Inquiry is held concurrently with the trial. I am not convinced that this is necessarily so, but in any event it has never been recognized that the cost of a criminal trial to the accused constitutes a denial of constitutional rights. It is true that simultaneous proceedings may impose a higher level of stress upon an accused. Yet this does not establish that the accused will be unable to obtain a fair trial. It might conversely be argued that an accused's stress, although higher in intensity, will be shorter in duration since concurrent proceedings will lead to a quicker resolution of all matters than would be the case if the proceedings were consecutive.

Should the criminal trials of the two accused have been held simultaneously with the public inquiry they would present no more than a potential risk. That potential risk would not be enough to establish a breach of s. 11(d). To hold to the contrary would jeopardize all civil actions, administrative hearings, and professional disciplinary proceedings which relate in some manner to criminal trials and proceed contemporaneously with them.

dent en soi ce procès inéquitable. Comme pour la publicité antérieure au procès ou toute action ou situation qui, selon ce qui est allégué, compromettrait le droit d'un accusé à un procès équitable, il ne suffit pas de prouver l'action elle-même ou l'existence de la situation, mais plutôt de prouver le préjudice qui en résulte. Ce préjudice n'a pas été établi dans le présent pourvoi. En règle générale, il est souhaitable que l'enquête publique débute le plus tôt possible. Cependant, en l'espèce, puisque le procureur général a choisi de procéder au procès criminel, qui est maintenant avancé, j'espère que le commissaire et le juge qui préside le procès feront preuve de la prudence et de la courtoisie qui s'imposent pour faire en sorte que les directeurs et leurs avocats ne subissent pas de préjudice trop grave en raison du début de procédures concomitantes.

L'intimé Parry affirme qu'il devra supporter des frais de justice additionnels si l'enquête et le procès sont simultanés. Je ne suis pas convaincu que ce soit nécessairement le cas mais, de toute façon, les frais qu'occasionne un procès au criminel pour l'accusé n'ont jamais été reconnus comme étant une violation de ses droits constitutionnels. Il est vrai que des procédures simultanées peuvent imposer un niveau de stress supplémentaire à un accusé. Néanmoins, il n'en découle pas que celui-ci, par le fait même, ne pourra pas avoir un procès équitable. On pourrait soutenir à l'inverse que le stress supporté par l'accusé, quoique plus intense, aura une durée moins longue puisque la simultanéité des procédures, au contraire de la tenue d'instances consécutives, favorisera la résolution plus rapide de toutes les questions.

Si les procès criminels des deux accusés avaient eu lieu en même temps que l'enquête publique, ils feraient naître tout au plus un risque possible. Ce risque possible serait insuffisant pour établir une violation de l'al. 11(d). Affirmer le contraire compromettrait toutes les actions au civil, toutes les instances administratives et toutes les procédures disciplinaires des corporations professionnelles qui ont un rapport quelconque avec les procès au criminel et qui sont tenues de façon concomitante.

(iii) Complicity between the police and the Inquiry

168 The respondent Roger Parry also asserts that his right to a fair trial has been jeopardized by the cooperation of the police and the Commissioner in the amassing of evidence against him. I do not think that the respondent has produced the evidence required to substantiate his claim that the conduct of the officials in this case amounted to the type of “unwelcome complicity” cautioned against by La Forest J. in *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20.

169 This tragedy occurred in a small community. Judicial, administrative and police resources must have been strained in the aftermath of the explosion. Cooperation between different agencies must have been not only efficient and sensible, but also perhaps the only way to proceed with the enormous investigative tasks required. The mere fact that the RCMP received a list of documents from the Inquiry which it later proceeded to seize under a search warrant does not mean that a fair trial is no longer possible. There is no evidence that the police could not have received the same documents directly from the company. Obviously the privacy interest in the mandatory records which must be maintained by a company in this heavily regulated industry is likely to be extremely low. I am not satisfied that any *Charter* breach has been established. Furthermore, the impact of the alleged complicity upon the fair trial rights of the accused should, as a rule, be assessed at the time of the trial.

B. *Guidelines for the Commissioner*

170 Were the public hearings to be held today, evidence which, if published, runs a sufficiently high risk of prejudicing the accused persons’ constitutional right to a fair trial by jury would be the testimony of the accused themselves. Accordingly, the Commissioner could, upon the application of Roger Parry and Gerald Phillips, consider impos-

(iii) Collusion entre la police et le commissaire

L’intimé Roger Parry soutient en outre que son droit à un procès équitable a été mis en danger par la coopération que la police et le commissaire ont établie pour réunir des éléments de preuve contre lui. Je ne pense pas que l’intimé ait produit la preuve qui permettrait de corroborer sa prétention selon laquelle la conduite des représentants de l’autorité en l’espèce équivalait au type de «collusion déplacée» contre lequel le juge La Forest met en garde dans l’arrêt *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20.

Cette tragédie s’est produite dans une petite localité. L’explosion et ses conséquences ont dû soumettre les ressources judiciaires, administratives et policières à une forte pression. Étant donné l’ampleur des tâches, la coopération a dû apparaître non seulement comme un moyen efficace et raisonnable, mais peut-être aussi comme le seul moyen possible, pour mener l’investigation nécessaire. Le simple fait que la GRC a reçu du commissaire une liste de documents qu’elle a ensuite saisis en vertu d’un mandat de perquisition ne signifie pas qu’il est désormais impossible de tenir un procès équitable. Rien n’indique que la police n’aurait pas pu recevoir les mêmes documents directement de l’entreprise. De toute évidence, l’attente en matière de vie privée, pour ce qui est des registres que doit tenir une société par actions dans cette industrie très réglementée, sera vraisemblablement très faible. Je ne suis pas convaincu que la preuve d’une violation de la *Charte* ait été faite. Par surcroît, selon la règle établie, c’est au moment du procès qu’il convient d’apprécier l’effet de la collusion alléguée sur le droit des accusés à un procès équitable.

B. *Directives à l’intention du commissaire*

Si les audiences publiques avaient lieu aujourd’hui, les témoignages qui, s’ils étaient publiés, représenteraient un risque assez important de préjudice au droit constitutionnel des accusés à un procès équitable avec jury seraient ceux des accusés eux-mêmes. Par conséquent, le commissaire pourrait, à la demande de Roger Parry et de Gerald

ing a ban on the publication of all or a part of their evidence. Further, the report of the Commissioner should not be released until such time as Parry and Phillips had an opportunity to review it and, if so advised, to bring an application to ban its publication until such time as the criminal charges have been disposed of after trial by jury or stayed. The Westray Families' Group suggested that the Court could offer some further guidance to the appellant Commissioner as to how to deal with some of the other threats to fair trial rights which may arise during the course of the Inquiry. This would be to embark upon an unnecessary and highly speculative course. Further, it must be emphasized that the individual charged with the conduct of a public inquiry is best suited to assess the potentially harmful effects of evidence introduced at the inquiry. The judicial use by a commissioner of flexible *ad hoc* measures adapted to overcome individual threats to fair trial rights represents the most efficient means of protecting constitutional rights during the inquiry process and the criminal proceedings.

The Commissioner is granted some power to control the inquiry proceedings. Under s. 5 of the *Public Inquiries Act*, the powers of a commissioner appointed under the Act include the following:

5 The commissioner or commissioners shall have the same power to enforce the attendance of persons as witnesses and to compel them to give evidence and produce documents and things as is vested in the Supreme Court or a judge thereof in civil cases, and the same privileges and immunities as a judge of the Supreme Court.

The appellant union submits that this section should be given a broad interpretation. In its view, these powers include by necessary implication, the ability to order whatever measures are necessary to control the proceedings and protect individual rights. Thus, asserts the union, the Commissioner alone has the power to order *in camera* hearings, delay or ban publication of certain evidence intro-

Phillips, envisager la possibilité d'interdire la publication de la totalité ou d'une partie de ces témoignages. De plus, le rapport du commissaire ne devrait pas être publié tant que Parry et Phillips n'auront pas eu la possibilité de l'examiner et, si on leur conseille de le faire, de demander que sa publication soit interdite jusqu'à ce que les accusations aient fait l'objet d'une décision après procès avec jury ou d'un arrêt des procédures. Le groupe des familles de Westray soutient que notre Cour pourrait énoncer des directives à l'intention du commissaire appelant sur la manière dont il devrait agir au cas où certaines autres menaces pour le droit à un procès équitable surgiraient au cours de l'enquête. Accepter cette proposition nous amènerait à faire inutilement de pures conjectures. De plus, il faut souligner que c'est celui qui préside une enquête publique qui est le mieux qualifié pour évaluer les effets néfastes possibles des témoignages entendus. Le recours judiciaire, par un commissaire, à des mesures *ad hoc*, souples et conçues pour supprimer les menaces pour le droit individuel à un procès équitable représente le moyen le plus efficace de protéger les droits constitutionnels durant le cours de l'enquête et des procès criminels.

Le commissaire est investi de certains pouvoirs relativement à la conduite de ses audiences. Aux termes de l'art. 5 de la *Public Inquiries Act*, les pouvoirs d'un commissaire nommé sous le régime de cette loi comprennent notamment le suivant:

[TRADUCTION] 5 Le commissaire ou les commissaires ont, pour la comparution et la citation des témoins ainsi que pour la production des pièces, les attributions de la Cour suprême ou de l'un de ses juges en matière civile, et les privilèges et immunités d'un juge de la Cour suprême.

Le syndicat appelant soutient qu'il y a lieu de donner à cette disposition une interprétation large. De son point de vue, ces pouvoirs englobent implicitement celui d'ordonner que soient prises les mesures nécessaires à la conduite des audiences et à la protection des droits individuels. Ainsi, affirme le syndicat, le commissaire est seul habilité à ordonner le huis clos, à retarder ou interdire la

duced at the Inquiry, or delay the release of its conclusions.

publication de certains éléments de preuve présentés à l'enquête ou à reporter la publication de ses conclusions.

172 The respondent Families' Group does not read the section so widely. They submit that, since the section contains no express power to provide protective measures, the only way to obtain them is for the Commissioner to seek an order from the Nova Scotia Supreme Court.

Le groupe des familles intimé n'interprète pas de façon aussi large cette disposition. D'après lui, comme la disposition ne confère expressément aucun pouvoir de prendre des mesures protectrices, la seule façon d'en obtenir est que le commissaire demande à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse de rendre une ordonnance.

173 Some support for the position of the appellant union may be found in the authorities and in the writing of Law Reform Commissions. The Ontario Act, unlike either the Alberta or the Nova Scotia Act, specifically provides that any hearings are to be held in public subject to a discretion to hold closed hearings. Nonetheless, the Alberta Law Reform Institute was of the view that under its Act (which, like the Nova Scotia Act, is silent on whether or not hearings are to be public) the openness principle favoured public hearings in an inquiry, but that a commission would still have an implicit power to control its proceedings by means of holding *in camera* hearings. Both the Alberta and the Ontario Law Reform reports, *supra*, recommend that a limited power to grant publication bans be enacted without ever directly addressing the issue of whether or not such a power may already be included amongst the more general powers of an inquiry: see Alberta Law Reform Institute, Recommendations 15 and 16, and Ontario Report, Recommendation 17.

La jurisprudence et les rapports des commissions de réforme du droit apportent un certain appui à la position du syndicat appelant. La loi ontarienne, contrairement à celles de l'Alberta et de la Nouvelle-Écosse, dit explicitement que toutes les audiences ont lieu en public, sous réserve du pouvoir discrétionnaire d'ordonner le huis clos. Néanmoins, l'Alberta Law Reform Institute est d'avis que, sous le régime de la loi albertaine (qui, comme celle de la Nouvelle-Écosse, ne précise pas si les audiences doivent être tenues en public), le principe de la transparence favorise, dans le cas d'une enquête, la tenue d'audiences publiques, mais qu'une commission a tout de même implicitement, le pouvoir d'ordonner le huis clos au cours de ses audiences. Bien que les organismes de réforme du droit albertain et ontarien n'aient pas étudié directement la question de savoir si les pouvoirs généraux d'enquête ne comprennent pas déjà ce pouvoir, on trouve dans leurs rapports une recommandation selon laquelle la loi devrait prévoir un pouvoir limité de prononcer l'interdiction de publication: voir Alberta Law Reform Institute, *op. cit.*, recommandations nos 15 et 16, et rapport ontarien, *op. cit.*, recommandation n° 17.

174 Judicial comments on this section suggest that commissions of inquiry have a general power to control their proceedings and are not tied to a narrow interpretation of the enabling statute: *Re Yanover and Kiroff and The Queen* (1974), 6 O.R. (2d) 478 (C.A.), at pp. 490-91, and *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry*

Il ressort des observations des tribunaux sur cette disposition que les commissions d'enquête disposent d'un pouvoir général pour la conduite de leurs travaux et qu'elles ne sont pas tenues de donner une interprétation restrictive à la loi habilitante: *Re Yanover and Kiroff and The Queen* (1974), 6 O.R. (2d) 478 (C.A.), aux pp. 490 et 491,

(*Health Records in Ontario*), [1981] 2 S.C.R. 494, at pp. 524-25.

In my view, the nature and the purpose of public inquiries require courts to give a generous interpretation to a commissioner's powers to control their own proceedings under the Nova Scotia Act. One of the functions of an inquiry is to insulate an investigation from both the legislative and the judicial branches of government. It is crucial that an inquiry both be and appear to be independent and impartial in order to satisfy the public desire to learn the truth. It is the commissioner who must be responsible for ensuring that the hearings are as public as possible yet still maintain the essential rights of the individual witnesses.

On the other hand, when relief is sought upon the basis that to continue with current inquiry proceedings without any restraint will prejudice a subsequent criminal trial, it is arguable that the court charged with the subsequent trial is the best suited to decide the nature of the restraints to be issued. This was the approach adopted by Lamer C.J. in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.* Yet the situation presented in *Dagenais* is very different from that of this case. The competing jurisdictions in *Dagenais* were two courts. Here, the choice is between a commissioner conducting a public inquiry and a court. It must be remembered that publicity bans, *in camera* hearings and other protective measures are exceptional remedies which will rarely be ordered on the basis of a prospective breach of s. 11(d). In an inquiry it is the commissioner who should first determine whether such exceptional orders should be issued. The authority to make those orders derives from and relates to the conduct of the inquiry hearings. This authority should be given a reasonable and purposeful interpretation in order to provide commissions of inquiry with the ability to achieve their goals. It is appropriate that the Commission should be the first body to determine whether any of the exceptional

et *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494, aux pp. 524 et 525.

À mon avis, étant donné la nature et l'objet des enquêtes publiques, les tribunaux sont tenus de donner une interprétation libérale aux pouvoirs conférés aux commissaires par la loi néo-écossaise pour la conduite de leurs travaux. L'une des fonctions d'une enquête est de protéger ses travaux de l'intervention des pouvoirs législatif et judiciaire. Il est crucial qu'une enquête soit et paraisse être indépendante et impartiale afin que soit satisfait le désir de la population de connaître la vérité. C'est au commissaire qu'il incombe de voir à ce que les audiences soient publiques, dans la mesure du possible, tout en préservant les droits fondamentaux des témoins individuellement.

En revanche, si la réparation demandée repose sur l'argument que la poursuite des audiences de l'enquête, libre de toute entrave, portera préjudice à un procès criminel ultérieur, on peut soutenir que le tribunal qui instruira le procès est le mieux placé pour statuer sur la nature des restrictions convenables. C'est la solution choisie par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*. Cependant, les situations examinées dans cet arrêt et dans la présente espèce sont fort différentes. Dans le premier, les juridictions en cause étaient deux cours de justice. En l'espèce, il s'agit de choisir entre une cour de justice et un commissaire effectuant une enquête publique. Il ne faut pas oublier que l'interdiction de publication, le huis clos et les autres mesures protectrices sont des réparations exceptionnelles qui seront rarement accordées en cas de menace de violation de l'al. 11(d). Dans le cas d'une enquête, c'est au commissaire qu'il appartient au premier chef de décider s'il convient de rendre une ordonnance de cette nature. Son pouvoir à ce titre se rattache à la conduite des audiences de l'enquête. Il convient de donner à ce pouvoir une interprétation raisonnable et fondée sur l'objet afin que les commissions d'enquête puissent exécuter leur mandat. Il est opportun que la commission soit la première instance à décider s'il y a lieu de rendre une telle

175

176

orders concerning publicity bans or *in camera* hearings should be made.

VI. Disposition

177 I would allow the appeal and set aside the order of the Nova Scotia Court of Appeal and the stay of the public hearing of the Westray Inquiry.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant United Steelworkers of America, Local 9332: Pink, Breen, Larkin, Halifax.

Solicitors for the appellant the Honourable Justice K. Peter Richard: Flinn, Merrick, Halifax.

Solicitors for the respondent Gerald Phillips: Blois, Nickerson & Bryson, Halifax.

Solicitors for the respondent Roger Parry: Daley, Black & Moreira, Halifax.

Solicitors for the respondents Glyn Jones, Arnold Smith, Robert Parry, Brian Palmer and Kevin Atherton: Burchell, MacAdam & Hayman, Halifax.

Solicitor for the respondent the Minister of Justice: The Department of Justice, Halifax.

Solicitors for the respondent Westray Families' Group: Ross, Barrett & Scott, Halifax.

Solicitors for the respondent Town of Stellarton: Skoke & Company, Stellarton.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

ordonnance exceptionnelle, savoir l'interdiction de publication ou le huis clos.

VI. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse ainsi que la suspension des audiences publiques de l'enquête Westray.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant les Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 9332: Pink, Breen, Larkin, Halifax.

Procureurs de l'appelant l'honorable juge K. Peter Richard: Flinn, Merrick, Halifax.

Procureurs de l'intimé Gerald Phillips: Blois, Nickerson & Bryson, Halifax.

Procureurs de l'intimé Roger Parry: Daley, Black & Moreira, Halifax.

Procureurs des intimés Glyn Jones, Arnold Smith, Robert Parry, Brian Palmer et Kevin Atherton: Burchell, MacAdam & Hayman, Halifax.

Procureur de l'intimé le ministre de la Justice: Le ministère de la Justice, Halifax.

Procureurs de l'intimé le Groupe des familles de Westray: Ross, Barrett & Scott, Halifax.

Procureurs de l'intimée la ville de Stellarton: Skoke & Company, Stellarton.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

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.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

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



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

En case 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, 1995 Vol. 2

2^e cahier, 1995 Vol. 2

Cited as [1995] 2 S.C.R. 187-377

Renvoi [1995] 2 R.C.S. 187-377

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
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1995.

CONTENTS

Mitsui & Co. (Canada) Ltd. v. Royal Bank of Canada 187

Conditional sales — Leases — Options to purchase — Lessee having option to purchase helicopters for reasonable fair market value at end of lease — Leases not registered under Conditional Sales Act — Secured creditor appointing receiver for property after lessee defaulted on loan — Lessor claiming right to possession of helicopters pursuant to leases — Whether leases conditional sales — Whether leases had to be registered under Act — Conditional Sales Act, R.S.N.S. 1989, c. 84, s. 2(1)(b)(ii).

R. v. Burlingham 206

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Plea bargaining — Interrogation continuing despite assertion of right to lawyer — Plea bargain made in absence of lawyer — Deal involving accused's telling police where murder

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
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1995.

SOMMAIRE

Mitsui & Co. (Canada) Ltd. c. Banque Royale du Canada 187

Ventes conditionnelles — Baux — Options d'achat — Locataire ayant l'option d'acheter des hélicoptères à leur juste valeur marchande raisonnable à l'expiration du bail — Baux non enregistrés en vertu de la Conditional Sales Act — Séquestre des biens nommé par le créancier garanti après que le locataire eut manqué à ses engagements aux termes d'un prêt — Bailleur réclamant le droit de reprendre possession des hélicoptères conformément aux baux — Les baux étaient-ils des contrats de vente conditionnelle? — Les baux devaient-ils être enregistrés en vertu de la Loi? — Conditional Sales Act, R.S.N.S. 1989, ch. 84, art. 2(1)(b)(ii).

R. c. Burlingham 206

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Négociation d'un plaidoyer — Interroga-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

occurred and where to find murder weapon — Deal significantly affecting rights and ultimately misunderstood by accused — Police leaving accused with understanding that he would be charged with second-degree murder with right to plead not guilty — Crown's offer requiring accused to plead guilty to second-degree murder — Accused telling third party of what he had told police — Murder weapon admitted as real evidence and third party testifying as to what accused told her — Whether breach of right to counsel — If so, whether gun, evidence of third party and other derivative evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

Criminal law — Powers of court of appeal — Evidence obtained in breach of constitutional right admitted at trial — If wrongly admitted, whether curative provisions of Criminal Code applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. Silveira 297

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Exigent circumstances — Admissibility of real evidence if search unlawful — Police entering house to protect real evidence while waiting for issuance of search warrant — Search conducted and evidence seized only after warrant issued — Whether or not search and seizure contrary to s. 8 of Charter — If so, whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2) — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 10, 12.

SOMMAIRE (Fin)

toire poursuivi malgré une revendication du droit à l'assistance d'un avocat — Négociation d'un plaidoyer en l'absence de l'avocat — Suivant l'offre, l'accusé devait indiquer à la police l'endroit où le meurtre avait été commis et où se trouvait l'arme du crime — Offre compromettant sérieusement des droits et finalement mal interprétée par l'accusé — Police laissant croire à l'accusé qu'il serait inculpé de meurtre au deuxième degré et pourrait plaider non coupable — Suivant l'offre du ministère public, l'accusé devait plaider coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré — Accusé racontant à une tierce personne ce qu'il avait dit à la police — Arme du crime admise à titre de preuve matérielle et tierce personne témoignant quant à ce que l'accusé lui a raconté — Y a-t-il eu atteinte au droit à l'assistance d'un avocat? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'exclure l'arme à feu, le témoignage de la tierce personne et les autres éléments de preuve dérivée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

Droit criminel — Pouvoirs d'une cour d'appel — Admission au procès d'une preuve obtenue en violation d'un droit constitutionnel — Si cette preuve a été admise à tort, les dispositions réparatrices du Code criminel sont-elles applicables? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

R. c. Silveira 297

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Situation d'urgence — Admissibilité de la preuve matérielle en cas de fouille ou de perquisition illicite — Entrée de la police dans une maison pour préserver la preuve matérielle en attendant la délivrance d'un mandat de perquisition — Perquisition effectuée et éléments de preuve saisis seulement après la délivrance du mandat — La fouille, la perquisition et la saisie étaient-elles contraires à l'art. 8 de la Charte? — Dans l'affirmative, l'utilisation des éléments de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2) — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 10, 12.

The Royal Bank of Canada, Doane Raymond Limited, Receiver and Manager of Pegasus Helicopters Incorporated, and Peat Marwick Thorne Inc., Trustee of the Estate of the Bankrupt, Pegasus Helicopters Incorporated *Appellants*

v.

Mitsui & Co. (Canada) Ltd. *Respondent*

INDEXED AS: MITSUI & CO. (CANADA) LTD. v. ROYAL BANK OF CANADA

File No.: 23914.

1995: March 1; 1995: May 4.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Conditional sales — Leases — Options to purchase — Lessee having option to purchase helicopters for reasonable fair market value at end of lease — Leases not registered under Conditional Sales Act — Secured creditor appointing receiver for property after lessee defaulted on loan — Lessor claiming right to possession of helicopters pursuant to leases — Whether leases conditional sales — Whether leases had to be registered under Act — Conditional Sales Act, R.S.N.S. 1989, c. 84, s. 2(1)(b)(ii).

Pegasus leased two helicopters from Mitsui under two lease agreements. Under the leases it had the option to purchase the helicopters for reasonable fair market value on the expiry of the lease or any renewal thereof if it was in compliance with all its lease obligations. It had to give the lessor at least 120 days' notice in writing if it wished to exercise the option, and then would have 30 days in which to agree to the reasonable fair market value price as established by the lessor. The leases were not registered under the *Conditional Sales Act*. Under s. 2(1)(b)(ii) of the Act "conditional sale" means "any contract for the hiring of goods by which it is agreed that the hirer shall become, or have the option of becoming, the owner of the goods upon full compliance with the terms of the contract". When Pegasus defaulted on bank loans secured by a fixed and floating charge debenture,

La Banque Royale du Canada, Doane Raymond Limited, administrateur séquestre de Pegasus Helicopters Incorporated, et Peat Marwick Thorne Inc., syndic de l'actif de la faillie Pegasus Helicopters Incorporated *Appelantes*

c.

Mitsui & Co. (Canada) Ltd. *Intimée*

RÉPERTORIÉ: MITSUI & CO. (CANADA) LTD. c. BANQUE ROYALE DU CANADA

N^o du greffe: 23914.

1995: 1^{er} mars; 1995: 4 mai.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Ventes conditionnelles — Baux — Options d'achat — Locataire ayant l'option d'acheter des hélicoptères à leur juste valeur marchande raisonnable à l'expiration du bail — Baux non enregistrés en vertu de la Conditional Sales Act — Séquestre des biens nommé par le créancier garanti après que le locataire eut manqué à ses engagements aux termes d'un prêt — Bailleur réclamant le droit de reprendre possession des hélicoptères conformément aux baux — Les baux étaient-ils des contrats de vente conditionnelle? — Les baux devaient-ils être enregistrés en vertu de la Loi? — Conditional Sales Act, R.S.N.S. 1989, ch. 84, art. 2(1)(b)(ii).

Pegasus avait loué deux hélicoptères de Mitsui aux termes de deux contrats de location. Ces baux lui conféraient l'option d'acheter les hélicoptères à leur juste valeur marchande raisonnable à l'expiration du bail ou de sa reconduction si elle avait rempli toutes ses obligations de locataire. Pour lever l'option, il lui fallait donner au bailleur une notification écrite d'au moins 120 jours puis, dans les 30 jours de cette notification, exprimer son accord avec le prix à la juste valeur marchande raisonnable établi par le bailleur. Les baux n'ont pas été enregistrés en vertu de la *Conditional Sales Act*. Aux termes du sous-al. 2(1)(b)(ii) de la Loi, l'expression «vente conditionnelle» désigne «un contrat de location d'objets aux termes duquel il est convenu que le locataire deviendra ou aura la faculté de devenir propriétaire des objets après avoir entièrement satisfait aux condi-

the bank appointed a receiver for the property. Mitsui, seeking priority, applied for a declaration that the leases were not conditional sales contracts and that it was entitled to possession of the helicopters pursuant to them. The chambers judge held the leases to be conditional sales contracts that had to be registered under the *Conditional Sales Act* and dismissed the application. The Court of Appeal by a majority judgment reversed this decision.

Held: The appeal should be allowed.

All leases containing an option to purchase fall within the scope of s. 2(1)(b)(ii) of the *Conditional Sales Act*. The Act applies not only to options which are to be exercised for a nominal sum, but also to options which are to be exercised at the fair market value of the leased goods. The leases in this case fall within the scope of s. 2(1)(b)(ii) of the Act, provided the purchase option they contain is truly an "option". The purchase option is not a right of pre-emption, or right of first refusal. The terms of the clause gave the lessee on signing the leases the unilateral right to compel the lessor to sell. The two-step process whereby the lessee is to give the lessor notice at least 120 days prior to the expiry of the lease or lease renewal and again after the lessor values the helicopters does not fail to qualify as an option. The giving of the initial notice and the valuation of the helicopters are conditions precedent to the exercise of the option. The option could only be exercised by the lessee giving its written assent to the valuation performed by the lessor pursuant to the terms of the clause.

The conditions contained in the purchase option clause are simply conditions precedent to the exercise of the option, and not conditions precedent to the option *per se*. The parties had previously agreed that the option exercise price was to be the "reasonable fair market value" of the helicopters, which is not uncertain. The price is not subject to further negotiation, and is not an "agreement to agree". The law recognizes that agreements to purchase property in the future at a "reasonable price" or at "fair market value" are valid and enforceable. In appropriate circumstances, the courts will find an implied promise by one party to take steps to bring about the event constituting the condition precedent. The lessor here would be under a duty to act in good faith to take all reasonable steps to complete the valua-

tions du contrat». Lorsque Pegasus a manqué à ses engagements aux termes de prêts bancaires garantis par une débiteure à charge fixe et flottante, la banque a nommé un séquestre de ses biens. Mitsui, qui voulait obtenir la priorité de rang, a présenté une demande de jugement déclarant que les baux n'étaient pas des contrats de vente conditionnelle et que, conformément à leurs dispositions, elle avait le droit de reprendre possession des hélicoptères. Le juge en chambre a conclu que les baux étaient des contrats de vente conditionnelle qui devaient être enregistrés en vertu de la *Conditional Sales Act* et il a rejeté la demande. Dans un arrêt majoritaire, la Cour d'appel a infirmé cette décision.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Tous les baux assortis d'une option d'achat sont visés par le sous-al. 2(1)(b)(ii) de la *Conditional Sales Act*. La Loi s'applique non seulement aux options qui doivent être levées pour une somme symbolique, mais aussi aux options qui doivent être levées à la juste valeur marchande des objets loués. En l'espèce, les baux tombent sous le coup du sous-al. 2(1)(b)(ii) de la Loi, pourvu que l'option d'achat qu'ils comportent soit véritablement une «option». Une option d'achat n'est ni un droit de préemption ni un droit de premier refus. Les termes de l'article donnaient au locataire, à la signature des baux, le droit unilatéral de forcer le bailleur à vendre. Le processus à deux étapes aux termes duquel le locataire doit donner avis au moins 120 jours avant l'expiration ou la reconduction du bail, et de nouveau, après que le bailleur a procédé à l'évaluation des hélicoptères peut être qualifié d'option. La notification initiale et l'évaluation des hélicoptères sont des conditions préalables à la levée de l'option. L'option ne pouvait être levée que par l'expression par le locataire de son consentement écrit à l'évaluation faite par le bailleur conformément à l'article en question.

Les conditions énoncées dans la clause d'option d'achat sont simplement des conditions préalables à la levée de l'option, et non des conditions préalables à l'option elle-même. Les parties avaient déjà convenu que le prix de la levée de l'option serait la «juste valeur marchande raisonnable» des hélicoptères, lequel prix n'est pas incertain. Ce prix n'est pas sujet à d'autres négociations et il ne s'agit pas d'un «engagement à conclure un accord». Le droit reconnaît que les conventions d'achat futur d'une propriété à un «prix raisonnable» ou à sa «juste valeur marchande» sont valides et exécutoires. Dans des circonstances appropriées, les tribunaux vont conclure à la promesse implicite d'une partie de prendre des mesures pour que se produise l'événement qui constitue la condition préalable. En l'espèce, le bail-

tion in order to allow the option to be exercised if the lessee chose.

Each of the leases in this appeal contains an option to purchase at fair market value and falls within the scope of the *Conditional Sales Act*. Since the lessor failed to register these leases as required by the Act, its reservation of title is void against the appellants.

Cases Cited

Approved: *Ramsey v. Pioneer Machinery Co.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 193; *Re Nishi Industries* (1978), 28 C.B.R. (N.S.) 261; **referred to:** *Mason v. Lindsay* (1902), 4 O.L.R. 365; *Canadian Long Island Petroleum Ltd. v. Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd.*, [1975] 2 S.C.R. 715; *Sudbrook Trading Estate Ltd. v. Eggleton*, [1983] 1 A.C. 444; *Roots v. Carey* (1914), 49 S.C.R. 211; *Shackleton v. Hayes*, [1954] 4 D.L.R. 81; *Talbot v. Talbot*, [1968] 1 Ch. 1; *Empress Towers Ltd. v. Bank of Nova Scotia* (1990), 73 D.L.R. (4th) 400; *Dynamic Transport Ltd. v. O.K. Detailing Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 1072.

Statutes and Regulations Cited

Conditional Sales Act, R.S.N.S. 1989, c. 84, s. 2(1)(b)(ii).
Instalment Payment Contracts Act, R.S.N.S. 1989, c. 230.

Authors Cited

Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada (1921), 6 Proceedings of the Canadian Bar Association 338.
Cuming, R. C. C. "True Leases and Security Leases under Canadian Personal Property Security Acts" (1983), 7 *Can. Bus. L.J.* 251.
La Forest, G. V. "Filing under the Conditional Sales Act: Is It Notice to Subsequent Purchasers?" (1958), 36 *Can. Bar Rev.* 387.
Perell, Paul M. "Options, Rights of Repurchase and Rights of First Refusal as Contracts and as Interests in Land" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 1.
Ziegel, Jacob S. "Uniformity of Legislation in Canada: The Conditional Sales Experience" (1961), 39 *Can. Bar Rev.* 165.

leur aurait l'obligation d'agir de bonne foi en prenant tous les moyens raisonnables pour compléter l'évaluation de manière à permettre la levée de l'option si le locataire le veut.

Chacun des baux en l'espèce comporte une option d'achat à la juste valeur marchande et est visé par la *Conditional Sales Act*. Puisque le bailleur a omis d'enregistrer ces baux conformément à la Loi, la stipulation voulant qu'il conserve son titre de propriété n'est pas opposable aux appelantes.

Jurisprudence

Arrêts approuvés: *Ramsey c. Pioneer Machinery Co.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 193; *Re Nishi Industries* (1978), 28 C.B.R. (N.S.) 261; **arrêts mentionnés:** *Mason c. Lindsay* (1902), 4 O.L.R. 365; *Canadian Long Island Petroleum Ltd. c. Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd.*, [1975] 2 R.C.S. 715; *Sudbrook Trading Estate Ltd. c. Eggleton*, [1983] 1 A.C. 444; *Roots c. Carey* (1914), 49 R.C.S. 211; *Shackleton c. Hayes*, [1954] 4 D.L.R. 81; *Talbot c. Talbot*, [1968] 1 Ch. 1; *Empress Towers Ltd. c. Bank of Nova Scotia* (1990), 73 D.L.R. (4th) 400; *Dynamic Transport Ltd. c. O.K. Detailing Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 1072.

Lois et règlements cités

Conditional Sales Act, R.S.N.S. 1989, ch. 84, art. 2(1)(b)(ii).
Instalment Payment Contracts Act, R.S.N.S. 1989, ch. 230.

Doctrine citée

Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada (1921), 6 Proceedings of the Canadian Bar Association 338.
Cuming, R. C. C. «True Leases and Security Leases under Canadian Personal Property Security Acts» (1983), 7 *Can. Bus. L.J.* 251.
La Forest, G. V. «Filing under the Conditional Sales Act: Is It Notice to Subsequent Purchasers?» (1958), 36 *R. du B. can.* 387.
Perell, Paul M. «Options, Rights of Repurchase and Rights of First Refusal as Contracts and as Interests in Land» (1991), 70 *R. du B. can.* 1.
Ziegel, Jacob S. «Uniformity of Legislation in Canada: The Conditional Sales Experience» (1961), 39 *R. du B. can.* 165.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1993), 108 D.L.R. (4th) 342, 22 C.B.R. (3d) 95, 125 N.S.R. (2d) 297, 349 A.P.R. 297, reversing a decision of Cacchione J. dismissing the respondent's application for a declaration that certain leases were not conditional sales contracts. Appeal allowed.

Edward A. Gores and Paul C. Martin, for the appellants.

George W. MacDonald, Q.C., and *Harvey L. Morrison*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. —

I. Facts

¹ The appellants are respectively the secured creditor, receiver and trustee in bankruptcy of Pegasus Helicopters Incorporated ("Pegasus"), which leased two helicopters from the respondent Mitsui & Co. (Canada) Ltd. ("Mitsui") under two lease agreements ("leases") dated May 26, 1992.

² Under clause 9 of the leases, the lessee did not acquire any right or title to the aircraft except the right to use them in accordance with the terms of the lease. Clause 32 gave the lessee the option to purchase the helicopters for reasonable fair market value. It provided:

PURCHASE OPTION

Lessee, if in compliance with all of its Lease obligations as to any helicopter, shall have the option to purchase said helicopter in its then condition, on the expiration of the term or any renewal under this lease agreement. Exercise of this option shall be by notification to Lessor in writing at least one hundred and twenty (120) days prior to the lease (or lease extension) expiration or this option shall cease. If this option is exercised, the purchase price shall be the reasonable fair market value of the helicopter as established by Lessor. In the event Lessee does not agree to such established price in writ-

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1993), 108 D.L.R. (4th) 342, 22 C.B.R. (3d) 95, 125 N.S.R. (2d) 297, 349 A.P.R. 297, qui a infirmé une décision du juge Cacchione de rejeter la demande de l'intimée visant à obtenir un jugement déclarant que certains baux n'étaient pas des contrats de vente conditionnelle. Pourvoi accueilli.

Edward A. Gores et Paul C. Martin, pour les appelantes.

George W. MacDonald, c.r., et *Harvey L. Morrison*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR —

I. Les faits

Les appelantes sont respectivement les créancier garanti, séquestre et syndic de la faillite de Pegasus Helicopters Incorporated («Pegasus»), laquelle avait loué deux hélicoptères de l'intimée Mitsui & Co. (Canada) Ltd. («Mitsui») aux termes de deux contrats de location («baux») datés du 26 mai 1992.

Aux termes de l'article 9 des baux, le locataire n'acquerrait sur les aéronefs aucun droit ni aucun titre autre que le droit de les utiliser conformément aux conditions des baux. L'article 32 conférerait au locataire l'option d'acheter les hélicoptères à leur juste valeur marchande raisonnable. Il prévoyait ceci:

[TRADUCTION] OPTION D'ACHAT

S'il a rempli toutes ses obligations aux termes du bail relatif à un hélicoptère, le locataire a l'option d'acheter cet hélicoptère dans l'état où il se trouve, à l'expiration du bail ou de sa reconduction en vertu du présent contrat de location. La levée de la présente option doit se faire par notification écrite au bailleur au moins cent vingt (120) jours avant l'expiration du bail (ou sa prorogation), faute de quoi l'option prend fin. Si l'option est levée, le prix d'achat sera la juste valeur marchande raisonnable de l'hélicoptère établie par le bailleur. Si le locataire n'est pas d'accord avec le prix ainsi établi par

ing within thirty (30) days of such notification, this option shall cease and neither party shall have any further obligation under this Section.

The leases were not registered under the *Conditional Sales Act*, R.S.N.S. 1989, c. 84, and the respondent was not registered under the *Instalment Payment Contracts Act*, R.S.N.S. 1989, c. 230.

The appellant Royal Bank is the holder of a fixed and floating charge debenture given by Pegasus to secure loans made by the Bank to Pegasus. Pegasus defaulted on the loans and the Royal Bank pursuant to the debenture appointed Doane Raymond Limited receiver of the property.

The respondent, seeking priority, made an application for a declaration that the leases were not conditional sales contracts under the *Conditional Sales Act* and that it was entitled to possession of the helicopters in accordance with the provisions of the leases. The chambers judge held the leases to be conditional sales contracts that had to be registered under the Act and dismissed the application. The Court of Appeal by a majority judgment disagreed and held that the agreements were true leases and not conditional sales contracts: (1993), 108 D.L.R. (4th) 342, 22 C.B.R. (3d) 95, 125 N.S.R. (2d) 297, 349 A.P.R. 297.

II. Legislation

Conditional Sales Act

2 (1) In this Act,

(b) "conditional sale" means

(i) any contract for the sale of goods under which possession is or is to be delivered to the buyer and the property in the goods is to vest in him at a subsequent time upon payment of the whole or part of the price or the performance of any other condition, or

écrit dans les trente (30) jours de la notification, la présente option prend fin et les parties cessent dès lors d'avoir quelque obligation réciproque en vertu du présent article.

Les baux n'ont pas été enregistrés en vertu de la *Conditional Sales Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 84, et l'intimée n'a pas été enregistrée en application de l'*Instalment Payment Contracts Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 230.

L'appelante, la Banque Royale, est titulaire d'une débeture à charge fixe et flottante émise par Pegasus en garantie des prêts que la Banque lui a consentis. Comme Pegasus avait manqué à ses engagements aux termes des prêts, la Banque Royale a nommé Doane Raymond Limited séquestre de ses biens, conformément à la débeture.

L'intimée, qui voulait obtenir la priorité de rang, a présenté une demande de jugement déclarant que les baux n'étaient pas des contrats de vente conditionnelle au sens de la *Conditional Sales Act* et qu'elle avait le droit de reprendre possession des hélicoptères conformément aux dispositions des baux. Le juge en chambre a conclu que les baux étaient des contrats de vente conditionnelle qui devaient être enregistrés en vertu de la Loi et il a rejeté la demande. Dans un arrêt majoritaire, la Cour d'appel n'a pas souscrit à cette décision et a conclu que les contrats étaient des baux véritables et non des contrats de vente conditionnelle: (1993), 108 D.L.R. (4th) 342, 22 C.B.R. (3d) 95, 125 N.S.R. (2d) 297, 349 A.P.R. 297.

II. Les dispositions législatives

Conditional Sales Act

[TRADUCTION] 2 (1) Dans la présente loi

b) «vente conditionnelle» désigne

(i) un contrat de vente d'objets en vertu duquel la possession est ou doit être transmise à l'acheteur et la propriété des objets doit lui être dévolue à une date ultérieure à la suite du paiement de la totalité ou d'une partie du prix, ou de l'exécution de toute autre condition, ou

(ii) any contract for the hiring of goods by which it is agreed that the hirer shall become, or have the option of becoming, the owner of the goods upon full compliance with the terms of the contract;

(ii) un contrat de location d'objets aux termes duquel il est convenu que le locataire deviendra ou aura la faculté de devenir propriétaire des objets après avoir entièrement satisfait aux conditions du contrat;

III. Judgments

Supreme Court of Nova Scotia

6 The chambers judge held that the leases gave Pegasus the option of becoming the owner of the helicopters at the expiration of the lease term. The terms of clause 32 gave the lessee the unilateral right to compel the lessor to sell, and hence gave the lessee the option of becoming the owner. He declared the two leases were conditional sales contracts within the meaning of both the *Conditional Sales Act* and the *Instalment Payment Contracts Act*, and dismissed the respondent's application.

Nova Scotia Court of Appeal

Freeman J.A. for the majority

7 Freeman J.A. held that upon fulfilling all of the obligations under the leases, it was not intended that Pegasus become the owner of the helicopters automatically or for nominal consideration. The respondent remained the owner of the helicopters throughout. Pegasus simply had the right to require the respondent to establish a reasonable fair market value at which it was prepared to sell the helicopters. Pegasus was at liberty to reject that price. There was no mechanism for determining a price binding on both parties. He held that the overriding intention of the parties was to create a lease and not a contract of conditional sale. Clause 32 created a right of pre-emption which was not the kind of arrangement that the legislature intended to be covered by s. 2(1)(b)(ii) of the Act. The respondent was entitled to the helicopters free of any claims of the appellants.

III. Jugements

Cour suprême de la Nouvelle-Écosse

Le juge en chambre a conclu que les baux avaient conféré à Pegasus l'option de devenir, à leur expiration, propriétaire des hélicoptères. Les termes de l'article 32 conféraient au locataire le droit unilatéral de contraindre le bailleur à vendre et, partant, lui conféraient l'option de devenir propriétaire. Il a déclaré que les deux baux étaient des contrats de vente conditionnelle au sens, à la fois, de la *Conditional Sales Act* et de l'*Instalment Payment Contracts Act*, et il a rejeté la demande de l'intimée.

Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse

Le juge Freeman, au nom de la cour à la majorité

Le juge Freeman a conclu qu'il n'était pas dans l'intention des parties que Pegasus devienne propriétaire des hélicoptères automatiquement ou moyennant une contrepartie symbolique, après qu'elle se fut acquittée de toutes ses obligations aux termes des baux. L'intimée conservait en tout temps la propriété des hélicoptères. Pegasus avait simplement le droit d'exiger que l'intimée établisse la juste valeur marchande raisonnable à laquelle elle était prête à vendre les hélicoptères. Pegasus était libre de rejeter ce prix. Aucun mécanisme n'était prévu pour établir un prix liant les deux parties. Il a conclu que l'intention prépondérante des parties était de conclure un bail et non un contrat de vente conditionnelle. L'article 32 créait un droit de préemption qui ne correspondait pas au type de mesure que le législateur voulait voir visé par le sous-al. 2(1)(b)(ii) de la Loi. L'intimée avait le droit de reprendre les hélicoptères libres de toute réclamation des appelantes.

Jones J.A. (dissenting)

Jones J.A. held that s. 2(1)(b)(ii) of the Act applied to leases containing an option to purchase. The leases contained an option to purchase because clause 32 gave the lessee the unilateral right to compel the lessor to sell. It was open to the parties to set the terms by which the price would be fixed, and the courts would enforce the “fair market value” provision contained in clause 32.

IV. Issue

1. Whether the leases are conditional sales agreements as that term is defined in s. 2(1)(b)(ii) of the *Conditional Sales Act*.

V. Analysis*Introduction*

This appeal raises the interpretation of s. 2(1)(b)(ii) of the *Conditional Sales Act*, which defines a “conditional sale” for the purposes of the Act. Whether the leases fall within the scope of that definition is the issue in dispute. If the leases are conditional sale agreements under the definition in the Act, then the respondent loses its priority because of its failure to register. Conversely if the leases are leases only then the respondent is entitled to possession and priority. Two questions arise: does a lease with an option to purchase at fair market value fall within the ambit of s. 2(1)(b)(ii) the Act; and is clause 32 a true option?

The Conditional Sales Act

A conditional sale agreement is a contract where the parties agree that while the purchaser takes possession, the title will not pass until the purchase price has been paid. In order to protect its title, the vendor must register the conditional sale agreement in a public registry within the prescribed time.

Le juge Jones (dissident)

Le juge Jones a conclu que le sous-al. 2(1)(b)(ii) de la Loi s’appliquait aux baux comportant une option d’achat. Les baux comportaient une option d’achat parce que l’article 32 conférait au locataire le droit unilatéral de contraindre le bailleur à vendre. Les parties étaient libres d’établir les modalités de fixation du prix et les tribunaux pouvaient appliquer la stipulation de la «juste valeur marchande» contenue à l’article 32.

IV. Le point en litige

1. Les baux sont-ils des contrats de vente conditionnelle au sens du sous-al. 2(1)(b)(ii) de la *Conditional Sales Act*?

V. Analyse*Introduction*

Le présent pourvoi soulève la question de l’interprétation à donner au sous-al. 2(1)(b)(ii) de la *Conditional Sales Act*, qui définit une «vente conditionnelle» aux fins de la Loi. Il s’agit de déterminer si les baux sont visés par cette définition. Si les baux sont des contrats de vente conditionnelle au sens de la Loi, l’intimée perd alors sa priorité de rang parce qu’elle a omis de s’enregistrer. Par contre, ce n’est que si les baux sont des baux véritables que l’intimée aura droit à la possession des biens et à la priorité de rang. Deux questions se posent: un bail assorti d’une option d’achat à la juste valeur marchande est-il visé par le sous-al. 2(1)(b)(ii) de la Loi, et l’article 32 constitue-t-il une vraie option?

La Conditional Sales Act

Un contrat de vente conditionnelle est un contrat aux termes duquel les parties acceptent que, même si l’acquéreur prend possession du bien, il n’en obtiendra le titre de propriété qu’une fois payé le prix d’achat. Pour protéger son droit de propriété, le vendeur doit, dans le délai prescrit, enregistrer le contrat de vente conditionnelle dans un registre public.

8

9

10

11 In Canada, the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation adopted a uniform *Conditional Sales Act* in 1922. Nova Scotia adopted this Act in 1930. The registration requirements in the Act were intended to protect third parties from being “misled into dealing with the goods or . . . extend[ing] credit to the conditional buyer on the strength of his ostensible ownership, by requiring registration of the agreement” (Jacob S. Ziegel, “Uniformity of Legislation in Canada: The Conditional Sales Experience” (1961), 39 *Can. Bar Rev.* 165, at p. 207). The effect of the Act was that unregistered agreements which reserved title in the vendor were void against subsequent purchasers, mortgagees and certain creditors (G.V. La Forest, “Filing under the Conditional Sales Act: Is It Notice to Subsequent Purchasers?” (1958), 36 *Can. Bar Rev.* 387, at p. 396).

Au Canada, la Conférence de Commissioners on Uniformity of Legislation a adopté, en 1922, une *Conditional Sales Act* uniforme. La Nouvelle-Écosse a adopté cette loi en 1930. Les conditions d’enregistrement prévues dans la Loi visaient à éviter que des tiers ne soient [TRADUCTION] «incités à acquérir des objets ou [. . .] à faire crédit à l’acquéreur à titre conditionnel sur la foi de sa propriété apparente des objets en question, en prescrivant l’enregistrement du contrat» (Jacob S. Ziegel, «Uniformity of Legislation in Canada: The Conditional Sales Experience» (1961), 39 *R. du B. can.* 165, à la p. 207). De par l’effet de la Loi, les contrats non enregistrés qui stipulaient que le vendeur conservait son titre de propriété n’étaient pas opposables aux acquéreurs subséquents, les créanciers hypothécaires et certains autres créanciers (G. V. La Forest, «Filing under the Conditional Sales Act: Is It Notice to Subsequent Purchasers?» (1958), 36 *R. du B. can.* 387, à la p. 396).

12 The Act by its terms is applicable to leases which contain an option to purchase. This is different from the more modern Personal Property Security legislation currently enacted in many of the provinces. That legislation is based on Article 9 of the American Uniform Commercial Code, and deals with concepts such as “security interest” and “security agreement” which are foreign to the *Conditional Sales Act*. The issue of whether a lease is intended by way of security or whether it is in substance a security agreement arises under Personal Property Security legislation. Cases decided under Personal Property Security legislation have no application to the case at bar as this appeal turns on the provisions of the somewhat antiquated *Conditional Sales Act*.

Selon son libellé, la Loi s’applique aux baux qui comportent une option d’achat. Elle diffère des lois plus modernes sur les sûretés mobilières actuellement en vigueur dans un bon nombre de provinces. Ces lois se fondent sur l’article 9 de l’American Uniform Commercial Code et font appel à des notions, comme le «droit de sûreté» et les «contrats de sûreté», qui sont étrangères à la *Conditional Sales Act*. La question de savoir si un bail est conclu en guise de sûreté ou s’il constitue essentiellement un contrat de sûreté se pose sous le régime des lois sur les sûretés mobilières. La jurisprudence relative aux lois sur les sûretés mobilières ne s’applique pas à la présente affaire étant donné que cette dernière porte sur les dispositions quelquel peu désuètes de la *Conditional Sales Act*.

The Scope of the Conditional Sales Act

La portée de la Conditional Sales Act

13 There are three types of agreements which fall within the scope of s. 2(1)(b) of the Act. The first are “true” conditional sales agreements, where the purchaser agrees to pay the vendor instalments over a period of time, and the vendor retains title until all such payments have been made. It is clear from the outset that unless the purchaser defaults,

Il y a trois types de contrats qui sont visés par l’al. 2(1)b) de la Loi. Il y a d’abord le contrat de vente conditionnelle «véritable», où l’acquéreur consent à faire au vendeur des versements échelonnés sur une certaine période, et où le vendeur conserve le titre de propriété de l’objet jusqu’à son paiement complet. Il est évident, dès le départ,

title will be transferred to the purchaser at the end of the term.

The second type of agreement covered by the Act is a lease-option agreement, where the option is for nominal consideration; it is plain from the terms of the lease that the option will be exercised, and that the "lease" payments are in reality going to pay for the goods. When this type of lease-option agreement is initially executed, the parties intend that the goods will be transferred to the "lessee". These agreements have been referred to as disguised conditional sales agreements and fall within the scope of the Act.

It appears that the inclusion of the lease-option agreement within s. 2(1)(b)(ii) was an express attempt by the Commissioners drafting the Uniform *Conditional Sales Act* to ensure that disguised conditional sales contracts were covered by the Act. The Commissioners, in drafting the Uniform Act, intended to reverse the effect of earlier decisions such as *Mason v. Lindsay* (1902), 4 O.L.R. 365 (Div. Ct.), which held that the Act could not apply to a lease where the lessee merely had the option of becoming the owner, but where he was not legally obliged to do so, even though the parties may well have intended that the "lessee" become the eventual owner at the end of the "lease". The broad definition of "conditional sale" in s. 2(1)(b)(ii) of the Act ensures that parties cannot avoid the registration requirements simply by changing the form of the conditional sales contract to look like a lease.

The third type of agreement covered by the Act is a "true" lease-option agreement. This type of agreement is not a disguised conditional sales contract. The rental payments are made strictly for the use of the goods rather than being instalment payments towards the eventual purchase of the leased goods. The option amount at the end of the lease is for fair market value, and not for some nominal sum.

qu'à moins que l'acquéreur ne respecte pas ses engagements, le droit de propriété lui sera cédé à l'expiration de la période en cause.

Le deuxième type de contrat visé par la Loi est le contrat de location avec option d'achat, où l'option est levée moyennant une contrepartie symbolique; il ressort clairement des conditions de ce contrat que l'option sera levée et que les paiements du «loyer» contribueront, en fait, à payer l'objet en question. Lorsque ce type de contrat de location avec option d'achat est signé, les parties veulent que les objets soient cédés au «locataire». Ces contrats ont été décrits comme des contrats de vente conditionnelle déguisés et ils sont visés par la Loi.

Il semble que l'inclusion des contrats de location avec option d'achat au sous-al. 2(1)(b)(ii) ait été une tentative explicite, de la part des commissaires qui ont rédigé la *Conditional Sales Act* uniforme, de s'assurer que les contrats de vente conditionnelle déguisés soient visés par la Loi. En rédigeant cette loi uniforme, les commissaires ont voulu annuler l'effet de décisions antérieures comme *Mason c. Lindsay* (1902), 4 O.L.R. 365 (C. div.), où on avait conclu que la Loi ne pouvait s'appliquer à un bail lorsque le locataire avait simplement l'option, mais non l'obligation légale, de devenir propriétaire, même si les parties avaient bien pu vouloir que le «locataire» devienne éventuellement propriétaire à l'expiration du «bail». La définition générale de l'expression «vente conditionnelle», au sous-al. 2(1)(b)(ii) de la Loi, empêche les parties de se dérober aux conditions d'enregistrement simplement en donnant à un contrat de vente conditionnelle l'apparence d'un contrat de location.

Le troisième type de contrat visé par la Loi est un contrat de location avec option d'achat «véritable». Ce type de contrat n'est pas un contrat de vente conditionnelle déguisé. Les paiements du loyer sont faits exclusivement pour utiliser les objets loués et ils ne constituent pas des versements échelonnés en vue d'acquérir éventuellement les objets loués. Le prix de la levée de l'option à la fin du bail correspond à la juste valeur marchande et non à une somme symbolique.

14

15

16

17 The leases in the present case fall within the third category, which the majority in the Court of Appeal held did not fall within the scope of the Act.

18 The wording and history of the Act demonstrate that any lease containing an option to purchase falls within the scope of s. 2(1)(b)(ii) of the Act. The Act itself does not make any distinctions between options that are to be exercised at a nominal amount and those that are to be exercised at fair market value. All leases containing an option to purchase fall within the scope of the Act. This conclusion is bolstered by looking at the history of the section. The original version of s. 2(1)(b) provided, in part:

... any contract for the hiring of goods by which the hirer contracts to pay as compensation a sum substantially equivalent to the value of the goods, and by which it is agreed that the hirer shall become, or have the option of becoming, the owner of the goods upon full compliance with the terms of the contract; [Emphasis added.]

(Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada (1921), 6 Proceedings of the Canadian Bar Association 338.)

This was not the final version because the Commissioners deleted the underlined words, thereby declining to follow the American model, and confirming that the Act was intended to apply to all lease-option agreements, and not just those which were disguised conditional sales contracts. This interpretation is supported by the commentary of R. C. C. Cuming in "True Leases and Security Leases under Canadian Personal Property Security Acts" (1983), 7 *Can. Bus. L.J.* 251. Professor Cuming noted that the drafters of the conditional sales legislation faced the challenge of characterizing leases. The drafters included in the legislation a "detailed description of those leases which were to be treated as conditional sales contracts for the purposes of the legislation" (p. 259). He explained the effect of s. 2(1)(b)(ii) of the Act as follows at p. 260:

Accordingly, all leases with purchase options were deemed conditional sales contracts. All leases without

Les baux en cause dans la présente affaire tombent dans la troisième catégorie qui, selon ce que la Cour d'appel à la majorité a décidé, n'est pas visée par la Loi.

Le libellé et l'historique de la Loi démontrent que tout bail assorti d'une option d'achat est visé par le sous-al. 2(1)(b)(ii) de la Loi. La Loi elle-même ne fait pas de distinction entre les options qui doivent être levées pour un montant symbolique et celles qui doivent l'être à la juste valeur marchande. Tous les baux assortis d'une option d'achat sont visés par la Loi. Cette conclusion est étayée par l'historique de la disposition législative en cause. Le texte original de l'al. 2(1)(b) se lisait ainsi, notamment:

[TRADUCTION] ... un contrat de location d'objets aux termes duquel le locataire s'engage à verser, à titre de prestation, une somme essentiellement équivalente à la valeur des objets, et aux termes duquel il est convenu que le locataire deviendra ou aura la faculté de devenir propriétaire des objets après avoir entièrement satisfait aux conditions du contrat; [Je souligne.]

(Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada (1921), 6 Proceedings of the Canadian Bar Association 338.)

Il n'a pas été retenu comme version finale parce que les commissaires ont rayé les mots soulignés, renonçant ainsi à suivre le modèle américain et confirmant qu'on voulait que la Loi s'applique à tous les contrats de location avec option d'achat et non seulement à ceux qui constituent des contrats de vente conditionnelle déguisés. Cette interprétation est étayée par le commentaire de R. C. C. Cuming dans «True Leases and Security Leases under Canadian Personal Property Security Acts» (1983), 7 *Can. Bus. L.J.* 251. Le professeur Cuming souligne que les rédacteurs des lois sur les ventes conditionnelles devaient relever le défi de qualifier les baux. Ils ont inclus dans ces lois une [TRADUCTION] «description détaillée des contrats de location qui devaient être traités comme des contrats de vente conditionnelle pour les fins de ces lois» (p. 259). Il explique ainsi l'effet du sous-al. 2(1)(b)(ii) de la Loi, à la p. 260:

[TRADUCTION] Par conséquent, tous les baux assortis d'une option d'achat étaient réputés constituer des con-

options and without provisions for vesting ownership in the lessee were outside the scope of the Act.

It is clear that the drafters of this legislation were not employing a purely conceptual approach when determining what types of leases were to be regulated by conditional sales legislation. A lease under which the lessee, without more, becomes the owner of the chattels upon compliance with the terms of the contract is, no doubt, universally recognized as a sales transaction. But, the definition also includes all leases containing purchase option clauses, even those leases under which the option to purchase involves payment of a sum of money which is equal to or greater than the market value of the goods. There is no basis in the common law of bailment or in business practice for the conclusion that all leases with purchase options should be treated as instalment sales contracts. One may speculate that the definition was designed primarily to ensure that some of the more commonly encountered leases are registered in a central registry.

Professor Cuming correctly noted that the Act did not differentiate on the basis of an “economic reality” test. That is, the mere presence of a purchase option in a lease was conclusive: any lease with an option would fall within the definition of a “conditional sale” even though in economic terms it was merely a lease. The result is that the Act applies to all lease-option agreements, including agreements which specify that the option is to be exercised at fair market value.

Option to Purchase at Fair Market Value

The conclusion that the Act applies to the leases in this appeal is supported by Canadian jurisprudence. In *Ramsey v. Pioneer Machinery Co.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 193 (Alta. C.A.), the bankrupt had concurrently executed a lease and an option agreement covering certain equipment. The lease and option agreements were not registered in accordance with the provisions of the *Conditional Sales Act*. (The Alberta Act did not contain the same wording as the Nova Scotia Act, but the import and effect of the legislation are the same.)

trats de vente conditionnelle. Tous les baux sans option et sans disposition prévoyant l'attribution du droit de propriété au locataire ne relevaient pas de la Loi.

Il est clair que les rédacteurs de ces lois n'adoptaient pas une méthode purement conceptuelle pour déterminer quels types de baux seraient régis par les lois sur les ventes conditionnelles. Un bail aux termes duquel le locataire, sans plus, devient propriétaire des biens meubles après avoir satisfait aux conditions du contrat est, sans l'ombre d'un doute, reconnu universellement comme étant un contrat de vente. Mais la définition vise aussi tous les baux comportant des clauses d'option d'achat, mêmes ceux aux termes desquels l'option d'achat comporte le versement d'une somme d'argent au moins égale à la valeur marchande des objets en cause. Il n'y a rien dans la notion de dépôt (*bailment*) en common law ou dans les pratiques commerciales qui permette de conclure que tous les baux assortis d'une option d'achat devraient être traités comme des contrats de vente à tempérament. On peut supposer que la définition visait principalement à garantir que certains baux parmi les plus courants soient enregistrés dans un registre central.

Le professeur Cuming souligne avec justesse que la Loi n'établissait pas de distinction fondée sur un critère de «réalité économique». Autrement dit, la seule présence d'une option d'achat dans un bail était concluante: tout bail assorti d'une option d'achat serait visé par la définition de «vente conditionnelle» même si, économiquement, il constituait simplement un contrat de location. Par conséquent, la Loi s'applique à tous les contrats de location avec option d'achat, y compris les contrats qui prévoient que l'option devra être levée à la juste valeur marchande.

Option d'achat à la juste valeur marchande

La jurisprudence canadienne appuie la conclusion que la Loi s'applique aux baux dont il est question en l'espèce. Dans l'arrêt *Ramsey c. Pioneer Machinery Co.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 193 (C.A. Alb.), le failli avait signé simultanément, à l'égard d'un certain matériel, un bail et un contrat d'option qui ne furent pas enregistrés conformément à la *Conditional Sales Act*. (La Loi albertaine n'est pas formulée de la même manière que la Loi de la Nouvelle-Écosse, mais le sens et l'effet de ces lois sont les mêmes). L'option pré-

The option provided that if the lessee performed the terms of the lease, it would have the option of continuing to rent the equipment, or purchasing it for \$9,000, which was the forecasted fair market value at the expiry of the lease.

20

Stevenson J.A. recognized that there were different types of agreements which could be covered under the Act. These included the typical conditional sales contract which binds the purchaser to buy, but the Act could also cover lease-option agreements, which were often conditional sales contracts in disguise. However, he found that the lease-option agreement in question was not a disguised conditional sales contract because it was not necessarily intended by the parties that the option would be exercised. He held that the Act applied even though it was not intended that the lessee would be bound to purchase the equipment under the lease-option agreement. The Act did not exclude a lease where the lessee had it within his power to acquire ownership; it only excluded pure leases. Thus a lease-option agreement where the option could be exercised at fair market value was held to fall within the ambit of the Act. In the result the lessor-optionor lost his right to priority for failure to register the agreement.

21

A similar approach was adopted by the British Columbia Court of Appeal in *Re Nishi Industries* (1978), 28 C.B.R. (N.S.) 261. There, the appellant (Canadian Acceptance Corporation) had leased two forklift trucks to Nishi Industries. The leases included a right to purchase the equipment at the end of the term for its fair market value. That fair market value could not be less than 25 percent of the original purchase price that the lessor had to pay for the forklift trucks. Hence Nishi had the option of becoming the owner of the trucks upon payment of the fair market value for the trucks, which was anticipated to be a substantial sum of money. The Court of Appeal recognized that the wide definition of "conditional sale" is sufficient to transform a chattel lease into a conditional sales contract. As long as the lessee had the option of becoming the owner, the lease-option agreement fell within the ambit of the Act. In *Re Nishi*, it was

voyait que si le locataire satisfaisait aux conditions du bail, il lui serait loisible de continuer à louer le matériel ou de l'acheter pour la somme de 9 000 \$ qui correspondait à la juste valeur marchande prévue du matériel à l'expiration du bail.

Le juge Stevenson a reconnu non seulement que la Loi pouvait viser divers types de contrats, notamment le contrat typique de vente conditionnelle qui oblige l'acquéreur à acheter, mais qu'elle pouvait aussi viser les contrats de location avec option d'achat qui sont souvent des contrats de vente conditionnelle déguisés. Il a toutefois conclu que le contrat de location avec option d'achat en cause n'était pas un contrat de vente conditionnelle déguisé puisque les parties ne voulaient pas nécessairement que l'option soit levée. Il a jugé que la Loi s'appliquait même si on ne voulait pas que le locataire soit tenu d'acheter le matériel aux termes du contrat de location avec option d'achat. La Loi n'excluait pas le bail aux termes duquel le locataire avait le pouvoir d'acquérir le droit de propriété; elle n'excluait que les baux véritables. On a ainsi conclu que la Loi visait un contrat de location avec option d'achat pouvant être levée à la juste valeur marchande. En définitive, le bailleur a perdu son droit de priorité pour avoir omis d'enregistrer le contrat.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a adopté un point de vue semblable dans l'arrêt *Re Nishi Industries* (1978), 28 C.B.R. (N.S.) 261. Dans cette affaire, l'appelante (Canadian Acceptance Corporation) avait loué deux chariots élévateurs à Nishi Industries. Les baux comportaient le droit d'acheter le matériel à sa juste valeur marchande à l'expiration du bail. Cette juste valeur marchande ne pouvait représenter moins que 25 pour 100 du prix d'achat initial des chariots élévateurs payé par le bailleur. Par conséquent, Nishi avait l'option de devenir propriétaire des chariots après en avoir payé la juste valeur marchande qui, s'attendait-on, représenterait une importante somme d'argent. La Cour d'appel a reconnu que la définition générale de l'expression «vente conditionnelle» suffit à convertir un bail relatif à un bien meuble en un contrat de vente conditionnelle. Le contrat de location avec option d'achat était visé

found that the lessee had the option of becoming the owner upon executing the lease. Hence, the agreement was a conditional sales contract even though the option was to be exercised at fair market value. The appellant lost the right to repossess the trucks for failure to register the agreements.

In my opinion these cases were decided correctly and lead to the conclusion that the Act was intended to encompass all lease agreements where the lessee-optionee is given the option of becoming the owner of the leased goods. The Act applies not only to options which are to be exercised for a nominal sum, but also to options which are to be exercised at the fair market value of the leased goods. The leases here fall within the scope of s. 2(1)(b)(ii) of the Act, provided the option in clause 32 is truly an "option".

Options and Rights of Pre-emption

The meaning of an option to purchase was considered in *Canadian Long Island Petroleum Ltd. v. Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd.*, [1975] 2 S.C.R. 715, per Martland J. at pp. 731-32:

An option gives to the optionee, at the time it is granted, a right, which he may exercise in the future, to compel the optionor to convey to him the optioned property

In other words, the essence of an option to purchase is that, forthwith upon the granting of the option, the optionee upon the occurrence of certain events solely within his control can compel a conveyance of the property to him.

In that case, it was held that the agreement in question created a right of pre-emption and not an option to purchase. The difference between an option and a right of pre-emption is that an option gives the optionee the unilateral right to exercise the option and thereby require the optionor to sell the subject-matter of the option upon pre-arranged terms. A right of pre-emption, or right of first refusal, does not give the grantee the unilateral power to compel the grantor to sell the property in

par la Loi pourvu que le locataire ait l'option de devenir propriétaire. Dans *Re Nishi*, on a conclu que le locataire avait l'option de devenir propriétaire après avoir signé le bail. Par conséquent, il s'agissait d'un contrat de vente conditionnelle même si l'option devait être levée à la juste valeur marchande. L'appelante a perdu le droit de reprendre possession des chariots parce qu'elle avait omis d'enregistrer les contrats.

À mon avis, ces décisions sont bien fondées et amènent à conclure qu'on a voulu que la Loi englobe tous les contrats de location qui confèrent au locataire l'option de devenir propriétaire des objets loués. La Loi s'applique non seulement aux options qui doivent être levées pour une somme symbolique, mais aussi aux options qui doivent être levées à la juste valeur marchande des objets loués. En l'espèce, les baux tombent sous le coup du sous-al. 2(1)(b)(ii) de la Loi, pourvu que l'option, à l'article 32, soit véritablement une «option».

Options et droits de préemption

Le sens d'une option d'achat a été examiné dans l'arrêt *Canadian Long Island Petroleum Ltd. c. Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd.*, [1975] 2 R.C.S. 715, motifs du juge Martland, aux pp. 731 et 732:

Une option, lorsqu'elle est accordée, donne à l'optant le droit, qu'il peut exercer à l'avenir, d'obliger l'optionnaire à lui céder les biens qui font l'objet de l'option. . .

En d'autres mots, la nature d'une option d'achat est de donner à l'optant, après que l'option a été accordée, le privilège d'exiger qu'on lui transfère la propriété si certains faits, dont il a seul le contrôle, se produisent.

Dans cette affaire, on a conclu que la convention en question avait créé un droit de préemption et non une option d'achat. La différence entre une option et un droit de préemption tient à ce qu'une option confère à son titulaire le droit unilatéral de lever l'option et d'obliger ainsi le donneur de l'option à lui vendre l'objet visé par l'option à des conditions préétablies. Un droit de préemption, ou droit de premier refus, ne donne pas à son titulaire le pouvoir unilatéral de contraindre celui qui lui a

22

23

question. Instead, the grantor has the sole power to decide whether to make an offer. It is only at that point that the grantee (or lessee) is given the opportunity of purchasing the property. A right of first refusal is a commitment by the grantor to give the grantee the first chance to purchase should the grantor decide to sell.

conféré ce droit à vendre le bien en question. Au contraire, celui qui confère le droit n'a que le pouvoir de décider de faire ou non une offre. Ce n'est qu'à ce moment que le titulaire du droit (ou locataire) a la possibilité d'acheter le bien. Un droit de premier refus est un engagement de la part de celui qui le confère à donner en premier au titulaire du droit l'occasion d'acheter s'il décide de vendre.

24 Clause 32 is not a right of first refusal, or right of pre-emption. The respondent did not have the right to decide whether or not it was going to give Pegasus the first chance to purchase the helicopters. The choice was with Pegasus, by virtue of the leases, to decide whether it wished to purchase the helicopters. It alone had the ability to compel the sale of the helicopters. As stated by the Chambers judge, the terms of clause 32 gave the lessee on signing the leases the unilateral right to compel the lessor to sell. I respectfully cannot agree with the Court of Appeal's conclusion that clause 32 was merely a right of pre-emption.

L'article 32 ne confère ni un droit de premier refus, ni un droit de préemption. L'intimée n'avait pas le droit de décider si elle allait ou non donner en premier à Pegasus l'occasion d'acquérir les hélicoptères. C'est à Pegasus que revenait le droit, aux termes des baux, de décider si elle voulait acquérir les hélicoptères. Elle seule était en mesure de forcer la vente des hélicoptères. Comme l'a dit le juge en chambre, les termes de l'article 32 donnaient au locataire, à la signature des baux, le droit unilatéral de forcer le bailleur à vendre. En toute déférence, je ne puis souscrire à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle l'article 32 ne conférait qu'un droit de préemption.

25 The respondent argued that the wording of clause 32 is such that the lessee appears to be obligated to "exercise" its option twice: once upon giving notice at least 120 days prior to the expiration of the lease or lease renewal, and once again after the respondent values the helicopters. Since an option is intended to provide an exclusive period for acceptance of a definite offer, the two-step process, it is argued, on its face fails to qualify as an option. I disagree.

L'intimée a fait valoir que le texte de l'article 32 est tel que le locataire paraît obligé de «lever» son option deux fois: d'abord lorsqu'il donne avis au moins 120 jours avant l'expiration ou la reconduction du bail, et de nouveau, après que l'intimée a procédé à l'évaluation des hélicoptères. Comme une option est destinée à accorder un délai exclusif pour accepter une offre précise, le processus à deux étapes, fait-on valoir, ne peut à première vue être qualifié d'option. Je ne suis pas de cet avis.

26 Paul M. Perell, in "Options, Rights of Repurchase and Rights of First Refusal as Contracts and as Interests in Land" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 1, at p. 3, lists the three principal features of an option, all of which are present in clause 32:

Dans le document intitulé «Options, Rights of Repurchase and Rights of First Refusal as Contracts and as Interests in Land» (1991), 70 *R. du B. can.* 1, à la p. 3, Paul M. Perell énumère les trois principales caractéristiques d'une option, lesquelles sont toutes présentes à l'article 32:

1. exclusivity and irrevocability of the offer to sell within the time period specified in the option;
2. specification of how the contract of sale may be created by the option holder; and

1. exclusivité et irrévocabilité de l'offre de vente dans le délai fixé dans l'option;
2. spécification de la façon dont le contrat de vente peut être créé par le titulaire de l'option;

3. obligation of the parties to enter into a contract of sale if the option is exercised.

An option contract is an antecedent contract because it precedes the contract of purchase and sale that will result if the opportunity provided by the option is “seized upon” or exercised. Once an option is exercised, the parties discharge their obligations under the option contract by entering into the contract of purchase and sale. The exercise of an option is the election to buy property on the terms specified in the option agreement, and is the equivalent of accepting the irrevocable offer made in the option. One cannot exercise the same option twice. The exercise of the option must mean the acceptance of the offer. That acceptance must be unconditional, must only be made once, and must be made in accordance with the terms of the option.

Characterization of the Option in Clause 32

The exercise of an option must lead to a binding contract of purchase and sale. The mechanism of converting an option to purchase into a contract of purchase and sale has been described by Lord Diplock in *Sudbrook Trading Estate Ltd. v. Eggleton*, [1983] 1 A.C. 444 (H.L.), at pp. 476-77:

The option clause cannot be classified as a mere “agreement to make an agreement.” There are not any terms left to be agreed between the parties. In modern terminology, it is to be classified as a unilateral or “if” contract. Although it creates from the outset a right on the part of the lessees, which they will be entitled, but not bound, to exercise against the lessors at a future date, it does not give rise to any legal obligations on the part of either party unless and until the lessees give notice in writing to the lessors, within the stipulated period, of their desire to purchase the freehold reversion to the lease. The giving of such notice, however, converts the “if” contract into a synallagmatic or bilateral contract, which creates mutual legal rights and obligations on the part of both lessors and lessees.

The “giving of notice” in *Sudbrook Trading* was all that was required to exercise the option. Once the option was exercised, no further notice or consent was needed, as a fully enforceable contract of purchase and sale arose. To draw the analogy to

3. obligation des parties de conclure un contrat de vente si l’option est levée.

Un contrat d’option est un avant-contrat parce qu’il précède le contrat d’achat-vente qui résultera si l’occasion accordée par l’option est «saisie». Une fois l’option levée, les parties remplissent leurs obligations en vertu du contrat d’option en concluant le contrat d’achat-vente. La levée d’une option est le choix d’acquérir un bien aux conditions établies dans le contrat d’option, et équivaut à l’acceptation de l’offre irrévocable faite dans l’option. La même option ne peut être levée deux fois. La levée de l’option doit signifier l’acceptation de l’offre. Cette acceptation doit être inconditionnelle, ne doit être faite qu’une fois et doit être conforme aux conditions de l’option.

Qualification de l’option à l’article 32

La levée d’une option doit mener à un contrat d’achat-vente ayant force obligatoire. Le mécanisme de conversion d’une option d’achat en un contrat d’achat-vente a été décrit par lord Diplock dans l’arrêt *Sudbrook Trading Estate Ltd. c. Eggleton*, [1983] 1 A.C. 444 (H.L.), aux pp. 476 et 477:

[TRADUCTION] La clause d’option ne saurait être qualifiée de simple «engagement à conclure un accord.» Il ne reste aucune condition sur laquelle les parties doivent s’entendre. En langage moderne, elle doit être qualifiée de contrat unilatéral ou conditionnel. Bien qu’elle crée, dès le départ, pour les locataires un droit qu’ils pourront, sans y être obligés, opposer aux bailleurs à une date ultérieure, elle ne donne naissance à aucune obligation légale pour ni l’une ni l’autre des parties tant et aussi longtemps que les locataires n’avisent pas par écrit les bailleurs, dans le délai imparti, de leur désir d’acheter la réversion de propriétaire franc relative au bail. Cette notification change toutefois le contrat conditionnel en un contrat synallagmatique ou bilatéral qui crée des droits et des obligations juridiques réciproques entre les bailleurs et les locataires.

Dans l’affaire *Sudbrook Trading*, la «notification» était tout ce qui était requis pour lever l’option. Une fois l’option levée, aucun autre avis ou consentement n’était nécessaire puisqu’un contrat d’achat-vente pleinement exécutoire était créé.

the case on appeal, an enforceable contract of purchase and sale would have been concluded upon the lessee exercising its option (i.e. accepting the offer) within 30 days of the lessor performing its valuation of the helicopters as required under clause 32. The giving of the initial notice at least 120 days prior to the expiry of the lease or lease renewal could not qualify as an “exercise” of the option, regardless of the wording used in clause 32 itself. If Pegasus wanted to exercise its option, it could only have done so after the respondent had determined the “reasonable fair market value” of the helicopters. Hence the giving of the initial notice and the valuation of the helicopters are conditions precedent to the exercise of the option. The option could only be exercised by the lessee giving its written assent to the valuation performed by the lessor pursuant to the terms of clause 32.

29

This conclusion is consistent with earlier decisions of this Court. In *Roots v. Carey* (1914), 49 S.C.R. 211, Duff J. explained that an acceptance of the offer in an option (i.e. the exercise of an option), in order to be effective, must be an unconditional acceptance in the sense that the offeree must declare his “present intention” to enter into a contract with the offeror on the terms of the offer. In the present case, the giving of the initial notice could not constitute the acceptance of the offer because the lessee, in giving notice, would not be entering into a binding contract of purchase and sale. A mere indication of a potential willingness to accept an offer, but not an unconditional acceptance of an offer, cannot amount to the exercise of an option so as to create a binding contract of purchase and sale (*Shackleton v. Hayes*, [1954] 4 D.L.R. 81 (S.C.C.), at p. 90 *per* Cartwright J.). All that the lessee would be doing by giving the initial notice is expressing an interest in buying the helicopters. That cannot constitute an acceptance and hence cannot be an “exercise” of the option.

Conditions Precedent to the Exercise of the Option

30

Clause 32 is an option to purchase subject to three conditions precedent. First, in order to be

Pour faire une analogie avec la présente affaire, un contrat d’achat-vente exécutoire aurait été conclu dès la levée de l’option par le locataire (c’est-à-dire dès l’acceptation de l’offre) dans les 30 jours après que le bailleur eut procédé à l’évaluation des hélicoptères requise par l’article 32. La notification initiale au moins 120 jours avant l’expiration ou la reconduction du bail ne pouvait pas être qualifiée de «levée» de l’option, quel que soit le texte de l’article 32 lui-même. Si Pegasus voulait lever son option, elle ne pouvait le faire qu’après que l’intimée eut évalué la «juste valeur marchande raisonnable» des hélicoptères. Ainsi, la notification initiale et l’évaluation des hélicoptères sont des conditions préalables à la levée de l’option. L’option ne pouvait être levée que par l’expression par le locataire de son consentement écrit à l’évaluation faite par le bailleur conformément à l’article 32.

Cette conclusion est compatible avec des arrêts antérieurs de notre Cour. Dans l’arrêt *Roots c. Carey* (1914), 49 R.C.S. 211, le juge Duff a expliqué que pour être efficace, l’acceptation d’une offre dans une option (c.-à-d. la levée d’une option) doit être une acceptation inconditionnelle en ce sens que le bénéficiaire de l’offre doit faire part de son [TRADUCTION] «intention actuelle» de conclure un contrat avec l’auteur de l’offre, aux conditions de l’offre. En l’espèce, la notification initiale ne pouvait constituer une acceptation de l’offre parce qu’en l’effectuant, le locataire ne concluait pas un contrat d’achat-vente ayant force obligatoire. Une simple indication qu’on peut être prêt à accepter l’offre, qui n’est pas une acceptation inconditionnelle d’une offre, ne peut constituer la levée d’une option entraînant la création d’un contrat d’achat-vente ayant force obligatoire (*Shackleton c. Hayes*, [1954] 4 D.L.R. 81 (C.S.C.), à la p. 90, le juge Cartwright). Tout ce que le locataire ferait en procédant à la notification initiale serait d’exprimer un intérêt à acheter les hélicoptères. Cela ne peut constituer une acceptation ni, par conséquent, une «levée» de l’option.

Conditions préalables à la levée de l’option

L’article 32 est une option d’achat assujettie à trois conditions préalables. Premièrement, pour

able to exercise its option, the lessee must be in compliance with all of its lease obligations. Second, the lessee must give the lessor notice in writing at least 120 days prior to the expiry of the lease or a renewal thereof. Third, the lessor becomes obligated, at that point, to perform a valuation of the helicopter in order to determine its reasonable fair market value. This is not an offer that is to be made by the lessor to the lessee. It is a contractual obligation undertaken by the lessor to determine the reasonable fair market value of the helicopter at the time the initial notice is given by the lessee. These three conditions are simply conditions precedent to the exercise of the option; they are not conditions precedent to the option *per se* (*Re Nishi*, *supra*, at p. 264).

The parties had previously agreed that the option exercise price was to be the "reasonable fair market value" of the helicopters. That price is not uncertain. It is not subject to further negotiation; it is not an "agreement to agree". The price has been set to be the reasonable fair market value. As noted by the British Columbia Court of Appeal in *Re Nishi*, an option to purchase at "fair market value" is enforceable. This is not a situation where the price or some other material term of the option has yet to be agreed upon. The law recognizes that agreements to purchase property in the future at a "reasonable price" or at "fair market value" are valid and enforceable.

In *Talbot v. Talbot*, [1968] 1 Ch. 1 (C.A.), a testator gave two of his sons the option of purchasing the farm on which they lived together "at a reasonable valuation". There was no provision in the will for the mode of valuation. However, the court held that it would itself undertake the task of valuation and direct a special inquiry as to what is a reasonable price for the farm. An option to purchase at a "fair valuation" or at a "fair price" is an option which the courts will enforce. Similarly, in *Sudbrook Trading*, *supra*, the House of Lords held that an option contained in a lease to sell land at a price to be fixed by valuers was enforceable, and that the

être en mesure de lever son option, le locataire doit avoir satisfait à toutes ses obligations en vertu du bail. Deuxièmement, il doit aviser par écrit le bailleur au moins 120 jours avant l'expiration ou la reconduction du bail. Troisièmement, le bailleur a, dès lors, l'obligation de procéder à une évaluation de l'hélicoptère afin d'en déterminer la juste valeur marchande raisonnable. Il ne s'agit pas d'une offre que le bailleur doit faire au locataire. Il s'agit d'une obligation contractuelle, assumée par le bailleur, de déterminer la juste valeur marchande raisonnable de l'hélicoptère au moment de l'avis initial donné par le locataire. Ces trois conditions sont simplement des conditions préalables à la levée de l'option; ce ne sont pas des conditions préalables à l'option elle-même (*Re Nishi*, précité, à la p. 264).

Les parties avaient déjà convenu que le prix de la levée de l'option serait la «juste valeur marchande raisonnable» des hélicoptères. Ce prix n'est pas incertain. Il n'est pas sujet à d'autres négociations; il ne s'agit pas d'un «engagement à conclure un accord». Ce prix a été fixé à la juste valeur marchande raisonnable. Comme la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a souligné dans *Re Nishi*, une option d'achat à la «juste valeur marchande» est exécutoire. Il ne s'agit pas d'une situation où il reste encore à s'entendre sur le prix ou une autre condition importante de l'option. Le droit reconnaît que les conventions d'achat futur d'une propriété à un «prix raisonnable» ou à sa «juste valeur marchande» sont valides et exécutoires.

Dans l'affaire *Talbot c. Talbot*, [1968] 1 Ch. 1 (C.A.), un testateur avait donné à deux de ses fils l'option d'acheter [TRADUCTION] «selon une évaluation raisonnable» la ferme où ils vivaient ensemble. Le testament ne comportait aucune clause prescrivant le mode d'évaluation. Cependant, la cour a décidé de procéder elle-même à l'évaluation et d'ordonner la tenue d'une enquête spéciale en vue de déterminer ce qui constituait un prix raisonnable pour la ferme. Une option d'achat selon une «évaluation équitable» ou à un «juste prix» est une option que les tribunaux appliqueront. De même, dans l'arrêt *Sudbrook Trading*, pré-

31

32

lessee's rights could not be defeated by the lessor's refusal to appoint a valuer. The House of Lords construed this option as an option to sell at fair market value; the court could itself direct that the fair market value be established and order specific performance. An agreement to sell at fair market value is valid and enforceable. The enforceability of options at fair market value was recognized by the majority of the court in *Empress Towers Ltd. v. Bank of Nova Scotia* (1990), 73 D.L.R. (4th) 400 (B.C.C.A.). That case involved a commercial tenancy with an option to renew. In the course of his reasons, Lambert J.A. said that if an agreement provides that a tenant can renew at the market rental prevailing at the commencement of the renewal term, such an agreement can be enforced. The market rental can be determined on the basis of valuation and, if necessary, a court can determine the prevailing market rents, since this is an objective matter capable of discernment. An option to be exercised at "fair market value" is valid and enforceable.

cité, la Chambre des lords a conclu qu'une option, dans un bail, de vendre un terrain à un prix devant être fixé par des évaluateurs était exécutoire, et que les droits du locataire ne pouvaient être contre-carrés par le refus du bailleur de nommer un évaluateur. La Chambre des lords a interprété cette option comme une option de vente à la juste valeur marchande; la cour pouvait elle-même ordonner l'établissement de la juste valeur marchande et l'exécution intégrale du contrat. Une convention de vente à la juste valeur marchande est valide et exécutoire. La Cour d'appel à la majorité a reconnu le caractère exécutoire des options d'achat à la juste valeur marchande dans l'arrêt *Empress Towers Ltd. c. Bank of Nova Scotia* (1990), 73 D.L.R. (4th) 400 (C.A.C.-B.). Il était question, dans cette affaire, d'un bail commercial assorti d'une option de reconduction. Dans ses motifs, le juge Lambert a dit que si une convention prévoit que le locataire peut reconduire le bail au taux du marché en vigueur au début de la période de reconduction, cette convention est exécutoire. Le taux du marché peut être déterminé au moyen d'une évaluation et, si cela est nécessaire, un tribunal peut déterminer les taux qui ont cours sur le marché, puisqu'il s'agit d'une question objective qui peut être appréciée. Une option qui doit être levée à la «juste valeur marchande» est valide et exécutoire.

33

The duty to act in good faith to comply with stipulated conditions precedent was recognized in *Dynamic Transport Ltd. v. O.K. Detailing Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 1072. Dickson J. (as he then was), speaking for the Court, noted that the existence of a condition precedent does not necessarily preclude the existence of a binding agreement. Certain obligations to be performed under the contract may not be due unless and until the condition precedent is fulfilled. Thus, obligations are held "in suspense" pending the occurrence of the event constituting the condition precedent. Applying this reasoning, the lessee's right to exercise its option would be held "in suspense" until the lessor properly performed its valuation.

Le devoir d'agir de bonne foi dans le respect des conditions préalables stipulées a été reconnu dans l'arrêt *Dynamic Transport Ltd. c. O.K. Detailing Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 1072. Le juge Dickson (plus tard juge en chef) a souligné, au nom de la Cour, que l'existence d'une condition préalable n'empêche pas nécessairement l'existence d'une convention obligatoire. Certaines obligations qui doivent être remplies aux termes du contrat peuvent être assujetties à la réalisation de la condition préalable. Par conséquent, les obligations sont considérées «en suspens» jusqu'à ce que se produise l'événement qui constitue la condition préalable. Selon ce raisonnement, le droit du locataire de lever son option serait considéré «en suspens» jusqu'à ce que le bailleur procède régulièrement à son évaluation.

In *Dynamic Transport, supra*, Dickson J. also recognized that in appropriate circumstances, the courts will find an implied promise by one party to take steps to bring about the event constituting the condition precedent. This would involve the party upon whom the obligation rests to use its best efforts to fulfil the condition precedent. The lessor here would be under a duty to act in good faith to take all reasonable steps to complete the valuation in order to allow the option to be exercised if the lessee chose. Clearly, the lessor is not in a position, by virtue of clause 32, to make any offer that it may feel is appropriate. It is contractually bound to act in good faith to determine the reasonable fair market value of the helicopters, which is the price that the parties had initially agreed would be the exercise price of the option. As clause 32 gives the lessee the unilateral right to compel the lessor to sell the helicopters at their reasonable fair market value, it is an option. The fact that it is subject to conditions precedent does not alter its nature.

Each of the leases in this appeal contains an option to purchase at fair market value. The leases fall within the scope of s. 2(1)(b)(ii) of the Act. The respondent failed to register these leases as required by the Act and consequently its reservation of title is void against the appellants.

The appeal is allowed with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Metcalf & Company, Halifax.

Solicitors for the respondent: McInnes Cooper & Robertson, Halifax.

Dans l'arrêt *Dynamic Transport*, précité, le juge Dickson a aussi reconnu que, dans des circonstances appropriées, les tribunaux vont conclure à la promesse implicite d'une partie de prendre des mesures pour que se produise l'événement qui constitue la condition préalable. Cela concernerait la partie à qui incombe l'obligation de faire son possible pour remplir la condition préalable. En l'espèce, le bailleur aurait l'obligation d'agir de bonne foi en prenant tous les moyens raisonnables pour compléter l'évaluation de manière à permettre la levée de l'option si le locataire le veut. En vertu de l'article 32, le bailleur n'est manifestement pas en mesure de faire toute offre qu'il peut juger appropriée. Il a l'obligation contractuelle d'agir de bonne foi en établissant la juste valeur marchande raisonnable des hélicoptères, qui constitue le prix de la levée de l'option sur lequel les parties s'étaient initialement entendues. Vu qu'il confère au locataire le droit unilatéral de forcer le bailleur à vendre les hélicoptères à leur juste valeur marchande raisonnable, l'article 32 constitue une option. Le fait que l'exercice de ce droit soit assujéti à des conditions préalables n'en change pas pour autant la nature.

Chacun des baux en l'espèce comporte une option d'achat à la juste valeur marchande. Les baux sont visés par le sous-al. 2(1)(b)(ii) de la Loi. L'intimée a omis d'enregistrer ces baux conformément à la Loi et, partant, la stipulation voulant qu'elle conserve son titre de propriété n'est pas opposable aux appelantes.

Le pourvoi est accueilli avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelantes: Metcalf & Company, Halifax.

Procureurs de l'intimée: McInnes Cooper & Robertson, Halifax.

34

35

36

Terrence Wayne Burlingham *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BURLINGHAM

File No.: 23966.

1994: November 9; 1995: May 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Plea bargaining — Interrogation continuing despite assertion of right to lawyer — Plea bargain made in absence of lawyer — Deal involving accused's telling police where murder occurred and where to find murder weapon — Deal significantly affecting rights and ultimately misunderstood by accused — Police leaving accused with understanding that he would be charged with second-degree murder with right to plead not guilty — Crown's offer requiring accused to plead guilty to second-degree murder — Accused telling third party of what he had told police — Murder weapon admitted as real evidence and third party testifying as to what accused told her — Whether breach of right to counsel — If so, whether gun, evidence of third party and other derivative evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

Criminal law — Powers of court of appeal — Evidence obtained in breach of constitutional right admitted at trial — If wrongly admitted, whether curative provisions of Criminal Code applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

The appellant, who had been charged with one murder and was suspected in a second, was subjected to an intensive and often manipulative interrogation by the police. He was systematically questioned notwithstanding his stating repeatedly that he would not speak unless he could consult with his lawyer. The police interro-

Terrence Wayne Burlingham *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BURLINGHAM

N° du greffe: 23966.

1994: 9 novembre; 1995: 18 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Négociation d'un plaidoyer — Interrogatoire poursuivi malgré une revendication du droit à l'assistance d'un avocat — Négociation d'un plaidoyer en l'absence de l'avocat — Suivant l'offre, l'accusé devait indiquer à la police l'endroit où le meurtre avait été commis et où se trouvait l'arme du crime — Offre compromettant sérieusement des droits et finalement mal interprétée par l'accusé — Police laissant croire à l'accusé qu'il serait inculpé de meurtre au deuxième degré et pourrait plaider non coupable — Suivant l'offre du ministère public, l'accusé devait plaider coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré — Accusé racontant à une tierce personne ce qu'il avait dit à la police — Arme du crime admise à titre de preuve matérielle et tierce personne témoignant quant à ce que l'accusé lui a raconté — Y a-t-il eu atteinte au droit à l'assistance d'un avocat? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'exclure l'arme à feu, le témoignage de la tierce personne et les autres éléments de preuve dérivée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

Droit criminel — Pouvoirs d'une cour d'appel — Admission au procès d'une preuve obtenue en violation d'un droit constitutionnel — Si cette preuve a été admise à tort, les dispositions réparatrices du Code criminel sont-elles applicables? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Accusé d'avoir commis un meurtre et soupçonné d'en avoir commis un deuxième, l'appelant a été soumis à un interrogatoire policier serré et souvent manipulateur. Il a été interrogé systématiquement bien qu'il ait déclaré à maintes reprises qu'il ne parlerait pas avant d'avoir pu consulter son avocat. Les policiers qui l'interrogeaient

gators also constantly denigrated the integrity of defence counsel.

The police offered the appellant a “deal”: he would be charged with second degree murder if he provided the police with the location of the gun and other ancillary information related to that murder. When the appellant refused to accept the “deal” without consulting his lawyer, the officers continued to badger him about the reliability of his lawyer and informed him this “one-time” chance would be kept open only for the weekend — the period when appellant’s counsel was unavailable. The appellant eventually agreed, despite his being advised by another lawyer not to talk to the police, and fulfilled his part of the deal by giving police a full confession, bringing them to the murder site, and telling them where the murder weapon had been thrown. The appellant recounted the events of the day and the information he had given to the police to his girlfriend.

A misunderstanding arose as to the deal. The appellant understood that he would be allowed to plead not guilty to a charge of second degree murder whereas the Crown insisted that he would have to plead guilty to that charge. The trial judge found as a fact that the police officers had made an honest mistake.

The appellant was charged with first degree murder. At trial, the Crown sought to introduce all of the evidence obtained while the appellant had been under the misunderstanding that he was participating in a valid agreement. The trial judge found that appellant’s right to counsel (s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*) had been breached and held that appellant’s confession, his disclosure of the location of the weapon and his directions and gestures to the police were inadmissible. He admitted the fact of finding the gun, the actual gun, testimony of a witness, testimony identifying the gun and the testimony of his girlfriend regarding the statements appellant made to her. The appellant was convicted of the first degree murder and the Court of Appeal affirmed that decision. At issue here is whether or not appellant was denied his right to counsel guaranteed by s. 10(b) of the *Charter*, and if so, what was the just and appropriate remedy under s. 24(2) of the *Charter*.

Held (L’Heureux-Dubé J. dissenting in part): The appeal should be allowed.

ont aussi constamment dénigré l’intégrité de l’avocat de la défense.

Les policiers ont offert à l’appelant de conclure un marché: il serait accusé de meurtre au deuxième degré s’il acceptait d’indiquer à la police l’endroit où se trouvait l’arme à feu, et de donner des renseignements accessoires sur le meurtre. Face au refus de l’appelant de conclure ce marché sans consulter son avocat, les policiers ont continué à le harceler au sujet de la fiabilité de son avocat et l’ont informé que cette «chance unique» tiendrait pour le week-end seulement, soit le délai pendant lequel l’avocat de l’appelant ne serait pas libre. L’appelant a finalement accepté en dépit du fait qu’un autre avocat lui avait conseillé de ne rien dire aux policiers, et a respecté sa part du marché en faisant des aveux complets aux policiers, en les amenant sur les lieux du meurtre et en leur disant où l’arme du crime avait été jetée. L’appelant a raconté à son amie les événements de la journée et les renseignements qu’il avait donnés à la police.

Un malentendu est survenu quant au marché. L’appelant avait compris qu’il serait autorisé à plaider non coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré alors que le ministère public soutenait qu’il devrait plaider coupable à cette accusation. Le juge du procès a tiré la conclusion de fait que les policiers avaient commis une erreur honnête.

L’appelant a été accusé de meurtre au premier degré. Au procès, le ministère public a tenté de produire tous les éléments de preuve obtenus au moment où l’appelant croyait à tort qu’il était partie à une entente valide. Le juge du procès a conclu que le droit de l’appelant à l’assistance d’un avocat (al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*) avait été violé et que la confession de l’appelant, sa divulgation de l’endroit où se trouvait l’arme, de même que les directives qu’il avait données aux policiers et les signes qu’il leur avait faits étaient inadmissibles. Il a admis en preuve le fait que l’arme à feu avait été trouvée, l’arme à feu elle-même, la déposition d’un témoin, le témoignage identifiant l’arme à feu et le témoignage de l’amie de l’appelant concernant les déclarations que ce dernier lui avait faites. L’appelant a été déclaré coupable de meurtre au premier degré et la Cour d’appel a confirmé cette décision. Il s’agit de savoir s’il y a eu négation du droit à l’assistance d’un avocat, que garantissait à l’appelant l’al. 10b) de la *Charte*, et, dans l’affirmative, quelle était la réparation convenable et juste au sens du par. 24(2) de la *Charte*.

Arrêt (le juge L’Heureux-Dubé est dissidente en partie): Le pourvoi est accueilli.

Per La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The “deal” fundamentally changed the prosecution to involve a different offence and so brought the accused’s right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* into play. This right was denied in several ways. First, the police refused to hold off and continued to question him despite his repeated statements that he would say nothing without consulting his lawyer. Second, s. 10(b) specifically prohibits the police from belittling an accused’s lawyer with the express goal or effect of undermining the accused’s relationship with defence counsel. Third, the police acted improperly when they pressured the accused to accept the “deal” without first giving him the chance to consult his lawyer. Their duties were not discharged, given the seriousness of the offence and the context of general trickery, when they allowed the accused to consult a random lawyer.

Section 10(b) mandates the Crown or police, whenever offering a plea bargain, to tender that offer either to the accused’s counsel or to the accused while in the presence of his or her counsel, unless the accused has expressly waived the right to counsel. It is a constitutional infringement to place such an offer directly to an accused, especially when the police coercively leave it open only for the short period of time during which they know defence counsel to be unavailable. Mere expediency or efficiency or the facilitating of the investigatory process was not enough to create an urgency sufficient to permit a s. 10(b) breach. To the extent that the plea bargain is an integral element of the Canadian criminal process, the Crown and its officers engaged in the plea bargaining process must act honourably and forthrightly.

These proceedings should not be stayed; stays should only be limited to the “clearest of cases”.

Evidence obtained in a manner that infringes an accused’s *Charter* rights, should be excluded under s. 24(2) if, having regard to all of the circumstances, its admission would bring the administration of justice into disrepute. Under the test in *R. v. Collins*, three categories of factors are to be considered: (1) those affecting the fairness of the trial; (2) those relating to the seriousness of the violation; and, (3) those relating to the effect on the reputation of the administration of justice of excluding the evidence. The impact of the evidence on

Les juges La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: Le marché a changé radicalement l’orientation de la poursuite de sorte qu’elle visait une infraction différente, faisant ainsi intervenir le droit à l’assistance d’un avocat, que garantissait à l’accusé l’al. 10b) de la *Charte*. Ce droit a été nié de plusieurs façons. Premièrement, les policiers ont refusé d’attendre et ont interrogé l’appelant sans relâche bien qu’il ait indiqué, à maintes reprises, qu’il ne dirait rien sans avoir consulté son avocat. Deuxièmement, l’al. 10b) interdit expressément aux policiers de dénigrer l’avocat d’un accusé dans le but ou avec comme résultat exprès de miner la relation de l’accusé avec son avocat. Troisièmement, les policiers ont agi de façon répréhensible lorsqu’ils ont fait pression sur l’accusé pour qu’il accepte leur offre sans lui avoir préalablement donné la possibilité de consulter son avocat. Compte tenu de la gravité de l’infraction et de la supercherie généralisée auquel on a eu recours, ils ne se sont pas acquittés de leurs obligations en permettant à l’accusé d’appeler un avocat au hasard.

L’alinéa 10b) exige que le ministère public ou les policiers qui font une offre de négocier un plaidoyer soumettent cette offre soit à l’avocat de l’accusé, soit à l’accusé lui-même en présence de son avocat, à moins que l’accusé n’ait expressément renoncé à son droit à l’assistance d’un avocat. Il est inconstitutionnel de faire une telle offre directement à un accusé, particulièrement lorsque la police, dans le but de forcer la main de l’accusé, ne la maintient que pour le bref laps de temps pendant lequel elle sait que l’avocat de la défense ne sera pas disponible. Les simples motifs de commodité ou d’efficacité ou le fait de faciliter l’enquête ne suffisent pas à créer une urgence suffisante pour justifier une violation de l’al. 10b). Dans la mesure où la négociation d’un plaidoyer fait partie intégrante du processus criminel canadien, le ministère public et ses représentants qui prennent part au processus de négociation doivent agir honorablement et avec franchise.

Il n’y a pas lieu d’arrêter les présentes procédures; les arrêts de procédures ne devraient être ordonnés que dans les «cas les plus manifestes».

Aux termes du par. 24(2), les éléments de preuve obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits garantis à un accusé par la *Charte* devraient être écartés si, eu égard aux circonstances, leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Suivant le critère de l’arrêt *R. c. Collins*, trois catégories de facteurs doivent être examinés: (1) ceux qui portent atteinte à l’équité du procès, (2) ceux qui ont trait à la gravité de la violation, et (3) ceux qui se rapportent à l’effet de l’exclusion de la preuve sur la consi-

the fairness of the trial was determined to be the most important consideration in triggering the *Charter's* exclusionary effect.

Self-incriminatory evidence obtained as a result of a *Charter* breach will generally go to the fairness of the trial and should generally be excluded. Trial unfairness strikes at the heart of the reputation of the administration of justice. That the evidence is classified as either real or conscriptive should not be of itself determinative.

Consideration of what evidence should be excluded should begin with that evidence most proximate to the *Charter* breach and then work towards evidence arising more remotely from it. More remote evidence might not be admitted if its admission would have the same effect as admitting the proximate evidence. Here, the contested evidence most proximate to the breach was the finding of the gun because the gun would not have been found but for the unconstitutional behaviour of the police. Appellant's statement voluntarily made to his girlfriend about directing the police to the location of the gun too was derivative evidence flowing from his confused state of mind stemming from the s. 10(b) violations and the critical decisions made in the absence of counsel. It was not mere windfall evidence for the Crown. Nothing would have been said had appellant not been improperly conscripted by the police to provide evidence against himself.

Evidence lying in close proximity with the *Charter* breach is excluded because it detracts from the integrity of the trial and thereby infringes both the principles of fairness and of reliability. Here, the Crown sought to introduce the statement at trial precisely because doing so allowed it to do indirectly what the trial judge had ruled it could not do directly: introduce evidence that the appellant knew where the gun was hidden. Excluding the gun while including the statements effectively eviscerates the *Charter* of most of its protective value to the accused in this case.

Where the impugned evidence flows from a violation of the s. 10(b) right to counsel, the Crown must demonstrate on a balance of probabilities that, regarding the unfairness of the trial component of the test under s.

dération dont jouit l'administration de la justice. L'effet de la preuve sur l'équité du procès a été jugé comme étant le facteur le plus important pour ce qui est de déclencher l'effet d'exclusion prévu par la *Charte*.

La preuve auto-incriminante obtenue à la suite d'une violation de la *Charte* compromettra généralement l'équité du procès et devrait généralement être écartée. L'iniquité du procès touche au cœur même de la considération dont jouit l'administration de la justice. Le fait de qualifier la preuve de preuve matérielle ou de preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même ne devrait pas être déterminant en soi.

Pour déterminer quels éléments de preuve devraient être écartés, il convient de considérer d'abord les éléments de preuve ayant le lien le plus étroit avec la violation de la *Charte*, pour en venir aux éléments de preuve qui ont un lien moins direct avec celle-ci. Il se pourrait que la preuve qui a un lien moins direct avec la violation soit écartée dans le cas où son utilisation aurait le même effet que l'utilisation de la preuve qui a un lien étroit avec la violation. En l'espèce, la preuve contestée qui découle le plus directement de la violation est la découverte de l'arme à feu car cette arme n'aurait jamais été découverte n'eût été le comportement inconstitutionnel des policiers. La déclaration volontaire de l'appelant à son amie voulant qu'il ait guidé la police vers l'endroit où se trouvait l'arme à feu est également une preuve dérivée découlant de la confusion que les violations de l'al. 10b) avaient engendrée dans son esprit et des décisions cruciales qu'il avait prises en l'absence de son avocat. Il ne s'agissait pas d'une simple aubaine pour le ministère public. L'appelant n'aurait rien dit si la police ne l'avait pas irrégulièrement mobilisé pour qu'il fournisse une preuve contre lui-même.

Si les éléments de preuve qui ont un lien étroit avec la violation de la *Charte* sont écartés, c'est parce qu'ils portent atteinte à l'intégrité du procès, violant ainsi les principes de l'équité et de la fiabilité. En l'espèce, le ministère public a tenté de produire la déclaration au procès précisément parce qu'elle lui permettait de faire indirectement ce que le juge du procès lui avait interdit de faire directement: produire la preuve que l'appelant savait où était cachée l'arme à feu. Exclure cette arme tout en admettant les déclarations dépouille effectivement la *Charte* de la plus grande partie de sa valeur protectrice à l'égard de l'accusé dans la présente affaire.

Dans les cas où les éléments de preuve contestés ont été obtenus par suite d'une violation du droit de consulter un avocat, garanti à l'al. 10b), le ministère public doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités,

24(2), the accused would not have consulted counsel even if properly advised. The Crown did not meet this burden here.

Given the serious nature of the *Charter* breach, the admission of the impugned evidence would bring the administration of justice into disrepute. The violation was wilful and flagrant and there was no element of urgency. The effect of excluding the evidence on the reputation of the administration of justice will be incidental and far outweighed by the negative consequences that would follow were this unconstitutional evidence to be included. The fact that the impugned evidence played only a minor role in the trial was irrelevant to a s. 24(2) analysis. The effect of evidence at the trial may be relevant in a consideration of the effects of excluding the evidence on the reputation of the administration of justice but no framework has been established to consider the effect of including the evidence. Such a framework should not be created here.

Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* (the curative provision) should not be applied here because the admission of unconstitutionally obtained evidence at trial amounted to a "substantial wrong". There was a reasonable possibility that the impugned evidence could have weighed significantly in the conviction.

Per Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The reasons and conclusion of Iacobucci J. were agreed with. These reasons address L'Heureux-Dubé J.'s point that this Court has departed from *R. v. Collins* in favour of a rule of automatic exclusion.

Differing opinions exist among both commentators and the public as to the appropriate approach to the exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Charter*. With respect to the suggestion that this Court is out of step with public opinion, individual rights are not to be submitted to an adjudication by the majority. Furthermore, there is no accurate assessment of public opinion. The test with respect to what could bring the administration of justice into disrepute is grounded in longer term community values rather than the public passion of the moment. These values are to be assessed in terms of the views of the hypothetical, reasonable, well-informed and dispassionate person in the community.

This Court's s. 24(2) jurisprudence, subsequent to *Collins*, has generally evolved with due respect for *stare*

qu'en ce qui concerne le volet «iniquité du procès» du critère applicable à un examen fondé sur le par. 24(2), l'accusé n'aurait pas consulté l'avocat même s'il avait été bien informé de son droit de le faire. Le ministère public ne s'est pas acquitté de ce fardeau dans la présente affaire.

Étant donné la gravité de la violation de la *Charte*, l'utilisation de la preuve contestée déconsidérerait l'administration de la justice. La violation était volontaire et flagrante, et il n'y avait aucune urgence. L'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice sera secondaire et beaucoup moins grave que les conséquences négatives qu'entraînerait l'utilisation de cette preuve inconstitutionnelle. Le fait que la preuve contestée n'a joué qu'un rôle mineur au procès ne revêt aucune importance relativement à une analyse fondée sur le par. 24(2). Bien que l'effet de la preuve au procès puisse être pertinent pour ce qui est d'examiner les effets de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice, aucun cadre n'a été établi qui permette d'examiner l'incidence de l'admission de la preuve. Il n'y a pas lieu ici de créer un tel cadre.

Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* (la disposition réparatrice) ne devrait pas être appliquée en l'espèce puisque l'utilisation au procès de la preuve obtenue inconstitutionnellement a causé un «tort important». Il était raisonnablement possible que la preuve contestée ait pesé lourd dans la déclaration de culpabilité.

Les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: Les motifs et la conclusion du juge Iacobucci sont acceptés. L'argument du juge L'Heureux-Dubé, selon lequel notre Cour s'est écartée de l'arrêt *R. c. Collins* en faveur d'une règle d'exclusion automatique, est traité.

Les auteurs et le public diffèrent d'opinions sur la façon d'envisager l'exclusion de la preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Quant à l'idée qu'il y a décalage entre notre Cour et l'opinion publique, les droits individuels ne doivent pas être assujettis à la décision de la majorité. De plus, il n'existe aucune évaluation juste de l'opinion publique. Le critère relatif à ce qui est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice repose sur des valeurs de la société qui sont plus durables que la passion publique du moment. Ces valeurs doivent être évaluées par rapport aux opinions de l'hypothétique personne raisonnable, objective et bien informée.

Après l'arrêt *Collins*, la jurisprudence de notre Cour relative au par. 24(2) a généralement évolué dans le res-

decisis but also with due regard for the fact that as an early comprehensive statement of principles, it did not purport to be exhaustive or immutable. The key words in that judgment, “conscripted against himself through a confession or other evidence emanating from him”, necessitated further definition in subsequent cases. Whether it was ever so intended, it soon became apparent that real evidence and evidence emanating from the accused were not mutually exclusive categories. It is unfair for the Crown to make out its case in whole or in part by the use of evidence that it obtained in breach of the rights of the accused and involving his or her participation. The participation of the accused in providing incriminating evidence involving a breach of *Charter* rights is the ingredient that tends to render the trial unfair as he or she is not under any obligation to assist the Crown to secure a conviction. Serious breaches of the *Charter* which do not involve the participation of the accused may result in the exclusion of the evidence under the second branch of the *Collins* test.

The application of the Reliability and the Fairness Principles as suggested L’Heureux-Dubé J. does not constitute a return to *Collins*. Nowhere in *Collins* is the fairness of the trial equated with the reliability of the evidence. The description used in *Collins* as to the kind of evidence that could render a trial unfair was “a confession or other evidence emanating from him”. Even the admissibility of a “confession” is not determined solely on the basis of reliability. Prior to the *Charter* and at common law, reliability ceased to be the exclusive basis for excluding confessions. The fairness of the trial was also a factor in the exclusion of involuntary confessions. The reliability principle would, therefore, impose a more restrictive exclusionary rule than that which existed at common law. Its preoccupation with the probative value of the evidence would also appear to be a close relative of the rule in *R. v. Wray*. This case was widely criticized, has not been followed by this Court and was not the basis for the exclusionary power adopted by the *Charter* in s. 24(2).

The first branch of the *Collins* test cannot be accurately characterized as an automatic rule of exclusion with respect to all self-incriminating evidence. While a finding that admission of illegally obtained evidence would render the trial unfair will result in exclusion, the court must first conclude that “in all the circumstances” the admission of the evidence would render the trial unfair.

pect du *stare decisis* tout en tenant bien compte du fait que ce premier énoncé général de principes n’était pas censé être exhaustif ou immuable. Les mots clés dans cet arrêt, «conscrit contre lui-même au moyen d’une confession ou d’autres preuves émanant de lui», commandaient plus ample définition dans des affaires subséquentes. Que cela ait été voulu ou non, il est rapidement ressorti que la preuve matérielle et la preuve émanant de l’accusé n’étaient pas mutuellement exclusives. Il est injuste que le ministère public présente une partie ou la totalité de sa preuve au moyen d’éléments de preuve obtenus en violation des droits de l’accusé et exigeant sa participation. La participation de l’accusé qui fournit une preuve incriminante dans le contexte d’une violation de ses droits en vertu de la *Charte* est l’ingrédient qui tend à rendre le procès inéquitable puisque l’accusé n’a aucune obligation d’aider le ministère public à obtenir une déclaration de culpabilité. Les graves violations de la *Charte* qui n’impliquent aucune participation de l’accusé peuvent entraîner l’exclusion de la preuve sous le second volet du critère énoncé dans *Collins*.

L’application des principes de la fiabilité et de l’équité, comme le suggère le juge L’Heureux-Dubé, ne constitue pas un retour à l’arrêt *Collins*. Nulle part dans *Collins* l’équité du procès n’est associée à la fiabilité de la preuve. La description dans *Collins* de la catégorie de preuve qui pourrait rendre le procès inéquitable était «une confession ou d’autres preuves émanant de [l’accusé]». Même l’admissibilité d’une «confession» n’est pas déterminée uniquement en fonction de sa fiabilité. Avant l’avènement de la *Charte*, et en common law, la fiabilité a cessé d’être l’unique motif d’exclusion des confessions. L’équité du procès jouait également dans l’exclusion de confessions faites involontairement. Le principe de la fiabilité imposerait par conséquent une règle d’exclusion plus stricte que celle qui existait en common law. Le fait que ce principe soit axé sur la valeur probante de la preuve l’apparenterait également à la règle énoncée dans *R. c. Wray*. Cet arrêt, fort critiqué, n’a pas été suivi par notre Cour et n’est pas à l’origine de l’adoption du pouvoir d’exclusion prévu au par. 24(2) de la *Charte*.

Il est inexact de qualifier le premier volet du critère énoncé dans *Collins* de règle d’exclusion automatique relativement à tous les éléments de preuve auto-incriminants. Si la conclusion que l’utilisation d’éléments de preuve obtenus illégalement rendrait le procès inéquitable entraîne l’exclusion, la cour doit d’abord conclure qu’«eu égard aux circonstances» l’utilisation des éléments de preuve rendrait le procès inéquitable.

The discoverability or "but for" test can be traced to *Collins*. While the Court has not decided the extent to which discoverability is relevant in all aspects of the *Collins* test, it has been applied to admit as well as to exclude evidence. The distinction made in *Collins* between real evidence and evidence emanating from the accused was based, at least in part, on the rationale that real evidence (or things) can be discovered without the participation of the accused. They pre-existed the state action which is called into question, and were there to be discovered by investigative means not involving the accused. Where this distinction is blurred, discoverability has been used to place the evidence in one or other of these two categories. If the evidence was discoverable without the participation of the accused, then it has the attributes of real evidence. Conversely, evidence that clearly emanates from the accused such as statements has not been subjected to the discoverability analysis.

The distinction between real and conscriptive evidence is thus not determinative and greater emphasis has been placed on the discoverability or "but for" test. The law relating to s. 24(2) should be developed on this basis rather than the new approach advocated by L'Heureux-Dubé J. This approach to date is more consistent with *Collins*, and therefore with *stare decisis*.

Per Gonthier J.: The reasons of L'Heureux-Dubé J., read together with the comments of Sopinka J., contribute to a proper understanding of the principles governing the exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Charter*. Evidence of the accused's statement to his girlfriend, evidence of the gun and of its location, all of which were made possible by this statement, were to be excluded for its admission would tend to bring the administration of justice into disrepute in the eyes of a reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances. The statement was intimately connected to that deal which was obtained through the highly egregious conduct of the police officers in pressing the accused to confess and in systematically undermining the role of defence counsel. This conduct was a *Charter* violation of the most serious kind, bringing into play both the Reliability and the Fairness Principles referred to by L'Heureux-Dubé J., although other evidence served to allay concern as to reliability. The curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should not be applied.

Le critère de la possibilité de découverte ou critère du «n'eût été» peut être relié à l'arrêt *Collins*. Si la Cour ne s'est pas prononcée sur la pertinence de la possibilité de découverte relativement à tous les aspects du critère énoncé dans l'arrêt *Collins*, on a tenu compte de cet élément tant pour admettre que pour exclure des éléments de preuve. La distinction établie dans *Collins* entre la preuve matérielle et la preuve émanant de l'accusé était fondée, du moins en partie, sur le fait que la preuve matérielle (ou les objets) peut être découverte sans la participation de l'accusé. Cette preuve préexistait à l'action contestée de l'État, et pouvait être découverte par des moyens d'enquête ne faisant pas intervenir l'accusé. Lorsque cette distinction s'estompe, on a eu recours à la possibilité de découvrir la preuve pour classer la preuve dans l'une ou l'autre de ces deux catégories. Si la preuve pouvait être découverte sans la participation de l'accusé, elle présentait alors les attributs de la preuve matérielle. À l'inverse, la preuve émanant clairement de l'accusé, comme les déclarations, n'a pas été soumise à l'analyse de la possibilité de découverte.

La distinction entre la preuve matérielle et la preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même n'est donc pas déterminante et on a davantage tenu compte du critère de la possibilité de découvrir la preuve, ou critère du «n'eût été». Le droit relatif au par. 24(2) devrait être élaboré sur ce fondement plutôt que d'adopter la nouvelle position avancée par le juge L'Heureux-Dubé. Cette position actuelle est plus conforme à l'arrêt *Collins* et, partant, au *stare decisis*.

Le juge Gonthier: Les motifs du juge L'Heureux-Dubé, conjugués aux observations du juge Sopinka, permettent de bien comprendre les principes qui régissent l'exclusion d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. La preuve de la déclaration de l'accusé à son amie, de même que celle de l'arme à feu et de l'endroit où elle se trouvait, que cette déclaration a permis de découvrir, doivent être écartées puisque leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux d'une personne raisonnable, objective et pleinement informée des circonstances. La déclaration était étroitement liée au marché qui a été conclu grâce à l'inconduite très grave dont les policiers ont fait preuve en pressant l'accusé de passer aux aveux et en minant systématiquement le rôle de l'avocat de la défense. Il s'agissait là d'une violation des plus sérieuses de la *Charte*, qui mettait en cause les principes de la fiabilité et de l'équité mentionnés par le juge L'Heureux-Dubé, même si d'autres éléments de preuve permettaient de dissiper des préoccupations quant à la fiabilité. Il n'y a pas lieu d'appliquer les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part): The police conduct constituted a serious violation of the s. 10(b) *Charter* right to counsel. The Crown or police, when offering a plea bargain, must tender the offer to either the accused's counsel or the accused while in the presence of his or her counsel, unless the accused has expressly waived the right to counsel.

Certain of the evidence derived from the *Charter* breach need not be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Section 24(2) is not to be apprised according to the views of the reasonable lawyer, but simply according to the reasonable person, dispassionate and fully informed of the circumstances. Under s. 24(2), a court's duty to preserve the integrity and repute of the judicial system in the eyes of the Canadian community must prevail if in conflict with its more general duty under the *Charter* to vindicate the rights guaranteed therein. There is some evidence to suggest that a material gap has developed between the views of the community and those of the Court with respect to the exclusion of unconstitutionally obtained evidence. In particular, this is attributable to the broad interpretation that this Court has given to the term "trial fairness" in the first branch of the *Collins* test, and the virtually absolute exclusionary consequences that follow from a finding of "trial unfairness". This approach to "trial fairness" is inconsistent with the first principles laid down by this Court in *Collins* and with the courts' obligation under s. 24(2) to adjudicate upon the exclusion of the impugned evidence "having regard to all the circumstances". The nature of the evidence (real or self-incriminatory, or discoverable or undiscoverable) should not be determinative of "trial fairness", and therefore of almost automatic exclusion. "Trial fairness" should not be so broadly defined as to allow the "trial fairness" tail to wag the s. 24(2) dog.

At the time that s. 24(2) was enacted, the common law in Canada was in the process of recognizing two different bases for the exclusion of evidence. The first was reliability. The second was the integrity of the justice system. This constituted the legal context in which s. 24(2) was enacted, and against which the approach to s. 24(2) in *Collins* was elaborated. Two fundamental principles are identified as flowing from the common law and the *Charter*, and as underlying the Court's approach to s. 24(2). The first, the Reliability Principle, is engaged whenever anything done by the authorities

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente en partie): La conduite de la police constituait une violation grave du droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b) de la *Charte*. Lorsque le ministère public ou la police offrent de négocier un plaidoyer, cette offre doit être présentée à l'avocat de l'accusé ou à l'accusé lui-même en la présence de son avocat, à moins que l'accusé n'ait expressément renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat.

Il n'y a pas lieu d'écarter, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, certains éléments de preuve obtenus à la suite de la violation de la *Charte*. Il ne faut pas apprécier le par. 24(2) à l'aune des opinions de l'avocat raisonnable, mais simplement avec les yeux de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances. En vertu du par. 24(2), les tribunaux doivent d'abord s'efforcer de maintenir l'intégrité et la légitimité du système judiciaire aux yeux de la collectivité canadienne si ce devoir entre en conflit avec le devoir plus général, en vertu de la *Charte*, de donner effet aux droits qui y sont garantis. Il existe certaines indications qu'il y a un écart notable entre l'opinion de la collectivité et celle de la Cour en ce qui concerne l'exclusion de la preuve obtenue inconstitutionnellement. Ceci est attribuable en particulier à l'interprétation large que notre Cour a donnée à l'expression «équité du procès» dans le premier volet du critère de l'arrêt *Collins* et au caractère pratiquement absolu de l'exclusion comme conséquence d'une conclusion d'«iniquité du procès». Cette approche de l'«équité du procès» est incompatible avec les principes de base énoncés par notre Cour dans *Collins* et avec l'obligation des tribunaux en vertu du par. 24(2) de statuer sur l'exclusion de la preuve contestée «eu égard aux circonstances». La nature de la preuve (matérielle ou auto-incriminante, susceptible ou non d'être découverte) ne devrait pas être déterminante quant à l'«équité du procès» et donc susceptible d'exclusion automatique. L'«équité du procès» ne devrait pas être définie si largement que cette notion en vienne à régir l'application du par. 24(2).

À l'époque de l'adoption du par. 24(2), la common law au Canada en était à reconnaître deux fondements différents à l'exclusion de la preuve. Le premier était la fiabilité. Le second était l'intégrité du système judiciaire. Tel était le contexte juridique de l'adoption du par. 24(2), le contexte dans lequel a été élaborée la méthode d'analyse du par. 24(2) dans *Collins*. Deux principes fondamentaux découlent de la common law et de la *Charte*, et fondent la méthode d'analyse du par. 24(2) utilisée par la Cour. Le premier, le principe de la fiabilité, entre en jeu dès que ce qu'ont fait les autorités

casts some doubt as to the accused's having been induced to make a possibly unreliable statement. In such circumstances, there may be a concern that the trier of fact could be misled, or an innocent person convicted, as a result of the authorities' activities. These circumstances potentially affect the fairness of the actual adjudicative process, and therefore relate to the first set of factors to be considered under *Collins*. The admission of evidence whose reliability may be suspect as a result of state activity would almost inevitably bring the administration of justice into disrepute. The second principle is the Fairness Principle. This principle is engaged whenever the state uses methods to advance its case against an accused in a manner that undermines values that are fundamental to a free and democratic society. Judicial condonation of acts that violate this principle undermine the integrity of the justice system, and could bring the administration of justice into disrepute. Thus, where the objection to the admission of unconstitutionally obtained evidence is not so much that it could mislead a trier of fact but pertains rather to the manner in which the evidence was obtained, this objection relates to the Fairness Principle. All considerations relating to the Fairness Principle are better considered within the rubric of the second branch of the *Collins* test: the impact of the seriousness of the rights violation on the reputation of the justice system. Analysis under this branch of *Collins* must be undertaken "having regard to all of the circumstances". Whether or not the evidence could have been discovered "but for" the rights violation is a serious, albeit not determinative, consideration within this set of factors. Finally, under the third branch of the *Collins* test, courts must ensure that there is a sense of proportionality between the competing interests and effects at issue in the s. 24(2) determination.

In this case, the "proximate connection" between the s. 10(b) violation and the accused's voluntary statement to his girlfriend is sufficient to bring that statement within the purview of a s. 24(2) examination. The mere fact that the statement is proximately connected to the rights violation or may not have been made but for the violation does not, however, inevitably lead to the conclusion that it must be excluded since its admission would render the trial unfair. Although the accused was incarcerated at the time, the statement was freely and voluntarily made with no element of state compulsion to taint it with the possibility of unreliability, and therefore with the possibility of unfairness to the trial.

jette un doute quant à savoir si l'accusé a été incité à faire une déclaration qui pourrait ne pas être fiable. Dans ces circonstances, on peut craindre que le juge des faits soit induit en erreur ou qu'un innocent soit déclaré coupable en raison des agissements des autorités. Ces circonstances pourraient avoir une incidence sur l'équité du processus réel de prise de décision et se rattachent donc à la première série de facteurs à considérer en vertu de *Collins*. L'utilisation d'une preuve dont la fiabilité peut être mise en doute en raison des activités de l'État serait presque inévitablement susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le second principe est celui de l'équité. Ce principe entre en jeu quand l'État recourt, pour bâtir une preuve contre un accusé, à des méthodes contraires à des valeurs fondamentales dans une société libre et démocratique. La tolérance judiciaire d'actes qui violent ce principe mine l'intégrité du système de justice et pourrait discréditer l'administration de la justice. Ainsi, lorsqu'on s'oppose à l'utilisation de la preuve obtenue en violation de la Constitution non pas parce qu'elle risque d'induire en erreur le juge des faits, mais plutôt à cause de la façon dont elle a été obtenue, l'objection relève alors du principe de l'équité. Il vaut mieux prendre en compte toutes les considérations relatives au principe de l'équité dans le cadre du deuxième volet du critère de l'arrêt *Collins*: l'incidence de la gravité de la violation des droits sur la réputation du système de justice. L'analyse dans le cadre de ce volet de l'arrêt *Collins* doit se faire «eu égard aux circonstances». La question de savoir si la preuve aurait pu être découverte ou pas sans la violation des droits est un facteur important qui n'est toutefois pas déterminant dans une telle situation. Enfin, selon le troisième volet du critère de l'arrêt *Collins*, les tribunaux doivent veiller à ce qu'il y ait un sens de proportionnalité entre les droits et les effets opposés visés dans l'analyse en vertu du par. 24(2).

En l'espèce, le «lien étroit» entre la violation de l'al. 10(b) et la déclaration volontaire de l'accusé à son amie est suffisant pour assujettir cette déclaration à une analyse fondée sur le par. 24(2). Cependant, le simple fait que la déclaration ait un lien étroit avec la violation des droits, ou qu'elle n'aurait peut-être pas été faite sans la violation, ne mène pas inévitablement à la conclusion qu'il faut l'exclure parce que son utilisation rendrait le procès inéquitable. Bien que l'accusé ait été incarcéré à l'époque, la déclaration a été faite librement et volontairement, sans qu'aucun élément de contrainte par l'État n'introduise la possibilité d'un manque de fiabilité et donc la possibilité d'iniquité du procès.

Turning to the impact of the seriousness of the rights violation on the reputation of the justice system, it is noted that the direct and intended fruits of the officers' unconstitutional conduct were properly excluded by the trial judge. The voluntary statement to a third party was, however, an evidentiary windfall, and its admission is therefore less likely to bring the administration of justice into disrepute over the long term. Admittedly, if this statement would not otherwise have been made by the accused, then it could affect the integrity of the judicial system to admit such a statement at trial. This consideration is not, of itself, determinative of the question of exclusion. In this case, having regard to the seriousness of the offence and the fact that it was incidental to the officer's unconstitutional conduct, the exclusion of this reliable evidence would bring the administration of justice into greater disrepute than its inclusion.

The impugned statement tends to connect the accused more closely with the crime, and could give rise to an inference of consciousness of guilt. That its admission may create a danger that the trier of fact will be misled does not relate to "trial fairness" in any way that is relevant to s. 24(2). Trial fairness will only be connected to the rights violation, and therefore subject to special scrutiny under the first branch of the *Collins* analysis, when there is some possibility that the evidence is unreliable or otherwise likely to lead to the conviction of an innocent person, and when this unreliability is somehow attributable to the state's unconstitutional conduct. Such was not the case here. Under the circumstances, there was no reasonable possibility of unreliability in the statement. If there is nonetheless a possibility that the statement is prejudicial in the evidentiary sense, in that it could mislead a trier of fact by causing it to follow an inappropriate chain of logic, then that problem must be addressed within the context of the traditional balancing test which inquires into whether the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect.

Since the voluntary statement to the third party was admissible under s. 24(2) of the *Charte*, the admission of the gun and the fact of finding the gun would not bring the administration of justice into disrepute.

Section 24(2) of the *Charter* and the curative provision of the *Criminal Code*, s. 686(1)(b)(iii), are not co-extensive. First, s. 686(1)(b)(iii) only requires that the appellate court consider the particular circumstances

Pour ce qui est de l'incidence de la gravité de la violation des droits sur la réputation du système judiciaire, il faut noter que le juge du procès a, à juste titre, écarté les fruits directs et intentionnels du comportement inconstitutionnel de la police. La déclaration volontaire à un tiers était cependant une aubaine en matière de preuve et son utilisation est donc moins susceptible de déconsidérer à long terme l'administration de la justice. Il est vrai que, si l'accusé n'avait pas fait cette déclaration, l'utilisation de cette déclaration au procès pourrait avoir un effet sur l'intégrité du système judiciaire. Ce facteur n'est pas déterminant en soi quant à l'exclusion. En l'espèce, compte tenu de la gravité de l'infraction et du fait que la déclaration était accessoire au comportement inconstitutionnel du policier, l'exclusion de cette preuve fiable serait susceptible de déconsidérer davantage l'administration de la justice que son utilisation.

La déclaration en cause tend à relier l'accusé plus étroitement au crime et pourrait porter à conclure qu'il était conscient de sa culpabilité. Le fait que son utilisation risque d'induire en erreur le juge des faits ne touche à l'«équité du procès» d'aucune façon qui soit pertinente quant au par. 24(2). L'équité du procès ne sera liée à la violation des droits, et donc assujettie à une analyse spéciale fondée sur le premier volet de l'analyse *Collins*, que s'il existe une possibilité que la preuve ne soit pas fiable ou qu'elle soit, par ailleurs, susceptible d'entraîner la déclaration de culpabilité d'une personne innocente, et que si cette absence de fiabilité est en quelque sorte attribuable au comportement inconstitutionnel de l'État. Ce n'était pas le cas en l'espèce. Il n'y avait aucune possibilité réelle de manque de fiabilité de cette déclaration, compte tenu des circonstances. S'il existe néanmoins un risque que la déclaration ne soit préjudiciable dans le contexte de la présentation de la preuve du fait qu'elle pourrait induire en erreur un juge des faits en l'amenant à adopter un raisonnement logique inapproprié, ce problème doit alors être abordé dans le contexte du test traditionnel de pondération qui examine si la valeur probante de la preuve l'emporte sur son effet préjudiciable.

Puisque la déclaration volontaire au tiers est admissible en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, l'admission de l'arme à feu et du fait de sa découverte n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le paragraphe 24(2) de la *Charte* et la disposition réparatrice du *Code criminel*, le sous-al. 686(1)(b)(iii), n'ont pas la même portée. Premièrement, le sous-al. 686(1)(b)(iii) exige seulement que la cour d'appel exa-

before it, whereas s. 24(2) involves long-term considerations in any determination made as to admissibility. Second, the French version of s. 24(2), on which the *Collins* framework is based, requires that evidence be excluded "if its admission could bring the administration of justice into disrepute". A conclusion that the administration of justice could be brought into disrepute by the admission of certain evidence does not necessarily mean that its admission led to a "substantial wrong" or "miscarriage of justice". Third, the two provisions further different objectives and so have different focuses. The primary purpose of s. 24(2), which focuses on whether the inclusion or exclusion of evidence obtained in violation of the *Charter* would bring the administration of justice into further disrepute, is protection of the integrity of the judicial system. By contrast, the primary purpose of s. 686(1)(b)(iii), which focuses on the outcome of the particular proceedings, is to enable appellate courts to feel unhindered in clarifying errors of law committed by the trial judge. It reflects a careful balancing of collective interests in the effective and efficient conclusion of litigation against the right of the individual accused to a full and fair trial.

Given the strength of the Crown's case, the curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) could be properly invoked notwithstanding a finding that evidence should have been excluded under s. 24(2). Moreover, the trial judge warned the jury as to the limited probative value of both the gun and the impugned statement. There is no reasonable possibility that the verdict would have been different had the impugned evidence been excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

A stay of proceedings was not appropriate because the conduct of the authorities, while contemptible, did not amount to one of the "clearest of cases" of abuse of process. The Crown, however, did act with *male fides* by charging the accused with first degree murder notwithstanding the fact that the Crown was aware that the police had misled the accused and that he had fulfilled his half of the bargain in full reliance of the deal offered by the police. This conduct violates basic principles of decency and fair play. The principle of fundamental fairness under s. 7 of the *Charter* was therefore breached. It would be appropriate and just under s. 24(1) of the *Charter* to require the Crown to uphold its half of the "deal"; a conviction for the lesser included offence

mine les circonstances particulières dont elle est saisie, alors que le par. 24(2) fait appel à des considérations à long terme dans toute décision relative à l'admissibilité. Deuxièmement, le texte français du par. 24(2), sur lequel se fonde le cadre exposé dans l'arrêt *Collins*, exige que la preuve soit écartée «si son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice». Une conclusion que l'utilisation de certains éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ne signifie pas nécessairement que leur utilisation a engendré un «tort important» ou «une erreur judiciaire grave». Troisièmement, les deux dispositions sont nettement axées sur des choses différentes, dans la poursuite d'objectifs différents. Le paragraphe 24(2), qui est axé sur la question de savoir si l'utilisation ou l'exclusion d'éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* est susceptible de déconsidérer davantage l'administration de la justice, vise d'abord et avant tout à préserver l'intégrité du système judiciaire. En revanche, le sous-al. 686(1)(b)(iii), qui est axé sur l'issue d'une instance particulière, vise d'abord et avant tout à permettre aux cours d'appel de se sentir libres de clarifier des erreurs de droit commises par le juge du procès. Il reflète un équilibre entre les droits collectifs au règlement efficace et efficient des litiges et le droit d'une personne à un procès juste et équitable.

La preuve du ministère public est si accablante qu'il convient d'invoquer les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)(b)(iii), malgré une conclusion que des éléments de preuve auraient dû être écartés en vertu du par. 24(2). En outre, le juge du procès a mis le jury en garde quant à la valeur probante limitée de l'arme à feu et de la déclaration en cause. Il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent même si les éléments de preuve contestés avaient été écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Le comportement des autorités, bien que certainement méprisables, n'était pas l'un des «cas les plus manifestes» d'abus de procédure requérant un arrêt des procédures. Toutefois, le ministère public a agi de mauvaise foi en inculpant l'accusé de meurtre au premier degré, en dépit du fait qu'il savait que la police avait induit l'accusé en erreur et que, sur la foi totale du «marché» proposé par la police, il en avait rempli sa part. Cette conduite viole les principes fondamentaux de décence et de franc-jeu. Il y a donc eu violation du principe d'équité fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*. Il est juste et approprié, au sens du par. 24(1) de la *Charte*, d'obliger le ministère public à remplir sa part du «marché»; il y a lieu de substituer à l'actuelle déclaration de

of second degree murder should be substituted for the present conviction of first degree murder.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Considered: *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; **distinguished:** *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Hodge* (1993), 133 N.B.R. (2d) 240; **referred to:** *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. L. (W.K.)*, [1989] B.C.J. No. 1700 (C.A.) (Q.L.), aff'd [1991] 1 S.C.R. 1091; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *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. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476.

By Sopinka J.

Considered: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *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; **referred to:** *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914; *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *R. v. Mohl*, [1989] 1 S.C.R. 1389; *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345; **disapproved:** *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part)

R. v. Collins, [1987] 1 S.C.R. 265, rev'g (1983), 5 C.C.C. (3d) 141; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1

culpabilité de meurtre au premier degré une déclaration de culpabilité de l'infraction moindre et incluse de meurtre au deuxième degré.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts examinés: *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Hodge* (1993), 133 R.N.-B. (2^e) 240; **arrêts mentionnés:** *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. L. (W.K.)*, [1989] B.C.J. No. 1700 (C.A.) (Q.L.), conf. par [1991] 1 R.C.S. 1091; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *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. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476.

Citée par le juge Sopinka

Arrêts examinés: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *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; **arrêts mentionnés:** *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914; *R. c. Sang*, [1980] A.C. 402; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *R. c. Mohl*, [1989] 1 R.C.S. 1389; *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345; **arrêt critiqué:** *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente en partie)

R. c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265, inf. (1983), 5 C.C.C. (3d) 141; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S.

S.C.R. 640; *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. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345; *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24; *R. v. Hodge* (1993), 133 N.B.R. (2d) 240; *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(b), 24(1), (2).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 686(1) [am. S.C. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)] (a)(iii), (b)(iii), 691.

Authors Cited

Bryant, Alan W., Marc Gold, H. Michael Stevenson and David Northrup. "Public Attitudes Toward the Exclusion of Evidence: Section 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 1.
 Bryant, Alan W., Marc Gold, H. Michael Stevenson and David Northrup. "Public support for the Exclusion of Unconstitutionally Obtained Evidence" (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 555.
 Deslisle, R. J. "Collins: An Unjustified Distinction" (1987), 56 *C.R.* (3d) 216.
 McLellan, A. Anne and Bruce P. Elman. "The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Analysis of Section 24" (1983), 21 *Alta. L. Rev.* 205.
 Morissette, Yves-Marie. "The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What to Do and What Not to Do" (1984), 29 *McGill L.J.* 521.
 Paciocco, David M. "The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule" (1990), 32 *Crim. L.Q.* 326.
 Penney, Steven M. "Unreal Distinctions: The Exclusion of Unfairly Obtained Evidence Under s. 24(2) of the *Charter*" (1994), 32 *Alta. L. Rev.* 782.

640; *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. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345; *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24; *R. c. Hodge* (1993), 133 R.N.-B. (2^e) 240; *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10(b), 24(1), (2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1) [mod. L.C. 1991, ch. 43, art. 9, ann., art. 8] a)(iii), b)(iii), 691.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Doctrine citée

Bryant, Alan W., Marc Gold, H. Michael Stevenson and David Northrup. «Public Attitudes Toward the Exclusion of Evidence: Section 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1990), 69 *R. du B. can.* 1.
 Bryant, Alan W., Marc Gold, H. Michael Stevenson and David Northrup. «Public Support for the Exclusion of Unconstitutionally Obtained Evidence» (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 555.
 Deslisle, R. J. «Collins: An Unjustified Distinction» (1987), 56 *C.R.* (3d) 216.
 McLellan, A. Anne et Bruce P. Elman. «The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Analysis of Section 24» (1983), 21 *Alta. L. Rev.* 205.
 Morissette, Yves-Marie. «The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What to Do and What Not to Do» (1984), 29 *R.D. McGill* 521.
 Paciocco, David M. «The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule» (1990), 32 *Crim. L.Q.* 326.
 Penney, Steven M. «Unreal Distinctions: The Exclusion of Unfairly Obtained Evidence Under s. 24(2) of the *Charter*» (1994), 32 *Alta. L. Rev.* 782.

Quigley, Tim and Eric Colvin, "Developments in Criminal Law and Procedure: The 1988-89 Term" (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 187.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

Tanovich, David M. "Can the Improper Admission of Evidence Under the *Charter* Ever be Cured?" (1994), 32 *C.R.* (4th) 82.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 35 B.C.A.C. 81, 57 W.A.C. 81, 85 C.C.C. (3d) 343, dismissing an appeal from conviction by Toy J. sitting with jury. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting in part.

Sheldon Goldberg, for the appellant.

Colin M. Sweeney, for the respondent.

The judgment of La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. — This appeal, which comes to the Court as of right under s. 691 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, raises two sets of issues: (1) the content of an accused's right to counsel during the plea bargaining process; and (2) the appropriate remedy for an infringement of s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and more specifically, the reach of s. 24(2) to exclude from the trial process evidence obtained in a manner violative of the right to counsel.

A. Background

Terrence Burlingham, the appellant, is accused of the murder of Denean Worms, which was committed in October 1984 in Cranbrook, British Columbia. He has also been convicted of the murder of Brenda Hughes, which was committed in December 1984 also in Cranbrook. It was because

Quigley, Tim and Eric Colvin. «Developments in Criminal Law and Procedure: The 1988-89 Term» (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 187.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

Tanovich, David M. «Can the Improper Admission of Evidence Under the *Charter* Ever be Cured?» (1994), 32 *C.R.* (4th) 82.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 35 B.C.A.C. 81, 57 W.A.C. 81, 85 C.C.C. (3d) 343, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Toy siégeant avec jury. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente en partie.

Sheldon Goldberg, pour l'appellant.

Colin M. Sweeney, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi, formé de plein droit devant notre Cour en vertu de l'art. 691 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, soulève deux séries de questions: (1) l'étendue du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat au cours du processus de négociation d'un plaidoyer, et (2) la réparation qu'il convient d'accorder pour une violation de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, plus précisément, la portée du par. 24(2) pour ce qui est d'exclure du procès les éléments de preuve obtenus d'une manière contraire au droit à l'assistance d'un avocat.

A. Les faits

L'appellant, Terrence Burlingham, est accusé d'avoir assassiné Denean Worms en octobre 1984, à Cranbrook (Colombie-Britannique). Il a également été reconnu coupable du meurtre de Brenda Hughes, commis en décembre 1984 également à Cranbrook. C'est grâce à la façon très semblable

of the very similar manner in which the two women were murdered and sexually assaulted that the police charged appellant with the Worms murder at the point when it was decided to charge him with the Hughes murder. Both Worms and Hughes were found naked, with semen in their vaginas, and each was shot twice in the head at close range with a .410 shotgun, though with different types of pellets. Appellant's appeal to the British Columbia Court of Appeal on the conviction for the Hughes murder was dismissed. This appeal relates only to the appellant's conviction for the murder of Worms.

³ From January 1, to January 4, 1985, the police subjected appellant to an intensive and often manipulative interrogation. They systematically questioned him in spite of the fact that he repeatedly stated that he would not speak unless he could consult with his lawyer. The police urged the accused to tell them what he knew about the crime, suggesting that any delay would hurt his parents since, just as they would be getting over the shock of the Hughes murder, they would be doubly hurt by a second murder charge. One of the officers commented (quoted from the judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 85 C.C.C. (3d) 343, at pp. 356 and 359):

... I don't think that you're being very fair to them [appellant's parents], um they, y'know they love you very much and, and from what I, I see, you're a, a loving caring sort of person and, and uh, y'know you have to weigh the, the advice that you're getting, but I can see that, that by delaying you're just hurting them . . .

But basically what you're saying is you're going to put your parents through this, for a long, uh, a lot longer. From what I've seen I thought you had a lot more love for them than that, Terry.

To which the appellant replied (at p. 359): "From what I just seen, you're just trying to use my parents against me."

dont les deux femmes ont été assassinées et agressées sexuellement que la police a accusé l'appelant du meurtre de Worms au moment où on a décidé de l'accuser du meurtre de Hughes. Les deux victimes ont été trouvées nues, avec du sperme dans le vagin, et chacune avait été tirée à la tête à deux reprises, à bout portant, avec un fusil de calibre .410, bien qu'avec deux types différents de plombs. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel de l'appelant contre sa déclaration de culpabilité relative au meurtre de Hughes. Le présent pourvoi porte uniquement sur la déclaration de culpabilité de l'appelant relative au meurtre de Worms.

Du 1^{er} au 4 janvier 1985, la police a soumis l'appelant à un interrogatoire serré et souvent manipulateur. Les policiers l'ont interrogé systématiquement bien qu'il ait déclaré à maintes reprises qu'il ne parlerait pas avant d'avoir pu consulter son avocat. Les policiers ont pressé l'accusé de leur dire ce qu'il savait du crime, donnant à entendre que tout retard causerait du tort à ses parents qui, se remettant à peine du choc du meurtre de Hughes, seraient doublement touchés par une seconde accusation de meurtre. L'un des policiers a fait le commentaire suivant (tiré de l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 85 C.C.C. (3d) 343, aux pp. 356 et 359):

[TRADUCTION] . . . je ne crois pas que tu sois très bon à leur égard [les parents de l'appelant], eum, ils, tu sais qu'ils t'aiment énormément et, d'après ce que je peux voir, tu es une personne aimante et attentionnée, et euh, tu sais que tu dois peser le, l'avis que tu reçois, mais je peux voir qu'en attendant, tu les fais souffrir . . .

Mais essentiellement, ce que tu dis, c'est que tu vas soumettre tes parents à cela pendant un long, euh beaucoup plus longtemps. D'après ce que j'ai pu voir, je croyais que tu les aimais beaucoup plus que ça, Terry.

Ce à quoi l'appelant a répondu (à la p. 359): [TRADUCTION] «D'après ce que je viens de voir, vous essayez seulement d'utiliser mes parents contre moi.»

The police also constantly denigrated the integrity of defence counsel; the interrogation record attests to repeated disparaging comments made about defence counsel's loyalty, commitment, availability, as well as the amount of his legal fees. The interrogation officers suggested they were more trustworthy than the appellant's lawyer. The following excerpts from the interrogation record, cited at pp. 351-53, are illustrative:

[Appellant]: Well, that's what I told you and I told him I pretty well got to talk to somebody about it, he [his counsel] said to talk to me about it.

[Officer #1]: Talk to him? This is your friend who wants \$15,000 out of you, and you're going to talk to him?

[Appellant]: — talk to him — .

[Officer #1]: Well, it's, it's, it's obviously your choice, but I'll, I tell you it, it kind of hurts if uh . . .

[Appellant]: No, I, I'm not gonna, okay.

[Officer #1]: It hurts if, if, that's what you think of us. That's all you think of us, after all — .

[Appellant]: That's not what I thought. — uh, I don't know whether I should follow his advice or maybe I shouldn't, like I mean I don't know — .

...

[Officer #1]: You gotta realize, just the fact of what you've —, you're coming a long ways.

...

[Officer #1]: Cause you're, you're admitting it basically.

[Appellant]: Well . . .

[Officer #1]: You're telling us that, that, that you, you were there, and just the fact that you're doing that, that makes me feel a lot better about what you're — .

...

Les policiers ont aussi constamment dénigré l'intégrité de l'avocat de la défense; le dossier de l'interrogatoire confirme qu'ils ont fait, à maintes reprises, des commentaires désobligeants sur la loyauté de l'avocat de la défense, son dévouement, sa disponibilité et le montant de ses honoraires. Les policiers qui procédaient à l'interrogatoire ont laissé entendre qu'ils étaient plus dignes de confiance que l'avocat de l'appelant. Les extraits suivants du dossier de l'interrogatoire (cités aux pp. 351 à 353) en sont un exemple:

[TRADUCTION]

[Appellant]: Bien, c'est ce que je vous ai dit et je lui ai dit qu'il fallait que j'en parle à quelqu'un, il [son avocat] m'a dit de lui en parler.

[Policier n° 1]: Lui parler? C'est ton ami qui veut te prendre 15 000 \$ et tu vas lui parler?

[Appellant]: — lui parler — .

[Policier n° 1]: Bien, c'est, évidemment c'est ta décision, mais je vais, je te dis, c'est blessant si euh . . .

[Appellant]: Non, je, je ne le ferai pas, o.k.

[Policier n° 1]: C'est blessant, si c'est ce que tu penses de nous. C'est tout ce que tu penses de nous après tout — .

[Appellant]: Ce n'est pas ce que je pensais, — euh, je ne sais pas si je devrais suivre son conseil ou non, je veux dire, je ne sais pas — .

...

[Policier n° 1]: Tu dois réaliser, le seul fait que tu — tu as beaucoup accompli.

...

[Policier n° 1]: Parce que, essentiellement, tu l'admetts.

[Appellant]: Bien . . .

[Policier n° 1]: Tu es en train de nous dire que, que tu, tu étais là, et le seul fait que tu agisses ainsi, je me sens beaucoup mieux quant à ce que tu as — .

...

[Appellant]: I'm trying to word this as good as I can, um, like I say, and I'm not saying that I ain't, uh I won't talk to you guys.

...

[Appellant]: ... I'd like to consult with him [counsel] first.

[Officer #1]: Okay, that, that's — uh — . He, he didn't even, — didn't tell you if he's going to even represent you?

[Appellant]: No.

[Officer #1]: Hah! How much money does he want?

...

[Appellant]: Well when I talk to my lawyer, um, I'm gonna pretty well lay it on the line with him, and find out what or — need to answer it, uh, — answer — won't bother — to say anything at that time, but uh —

...

[Officer #1]: Why, why do we, why do you want to wait, I don't understand that and I, just for my own feelings, I'd like to know.

...

[Officer #1]: Why you can trust him [counsel] more than you can trust us?

[Appellant]: All I'm saying is that, I won't say nothing at this time until I talk to him.

...

[Officer #1]: Think about it — cause like I say, I, I tell you, I'm a pessimist, cause I've seen lawyers before — .

[Appellant]: J'essaie de m'expliquer le mieux possible, hum, je le répète, et je ne dis pas que je ne, euh, je ne vous parlerai pas.

...

[Appellant]: ... j'aimerais lui parler [à l'avocat] d'abord.

[Policier n° 1]: O.K. c'est, c'est — euh — il, il n'a même pas — ne t'a pas dit s'il va même te représenter?

[Appellant]: Non.

[Policier n° 1]: Ha! Combien veut-il?

...

[Appellant]: Eh bien, lorsque je parlerai à mon avocat, hum, je vais être franc avec lui, et voir ce que ou — besoin de répondre, euh — répondre — laisser faire — rien dire à ce moment-là, mais euh —

...

[Policier n° 1]: Pourquoi, pourquoi veux-tu attendre, je ne comprends pas et, pour mes propres sentiments, j'aimerais savoir.

...

[Policier n° 1]: Pourquoi tu peux lui faire confiance [à l'avocat] davantage qu'à nous?

[Appellant]: Tout ce que je vous dis, c'est que je ne dirai rien avant de lui avoir parlé.

...

[Policier n° 1]: Penses-y — parce que comme j'ai dit, je te le dis, je suis pessimiste, car j'ai vu d'autres avocats auparavant — .

5

And the comments continued as follows (at p. 354):

[Officer #1]: Well has he talked anything other than money with you?

[Appellant]: No.

[Officer #1]: Just money?

[Appellant]: Uhh, what do you mean, anything ...

L'interrogatoire se poursuit ainsi (à la p. 354):

[Policier n° 1]: Bien, a-t-il parlé d'autre chose que d'argent avec toi?

[Appellant]: Non.

[Policier n° 1]: Uniquement d'argent?

[Appellant]: Euh, qu'est-ce que vous voulez dire, d'autre chose ...

[Officer #1]: Like hasn't he talked about any, getting any sort of help or anything?

[Appellant]: No.

[Officer #1]: Hmh! All he's really been worried about is money, money, money, eh?

On January 4, 1985 the police offered the appellant a "deal". They claimed they had instructions from their "boss" and Crown counsel to make such a deal. The appellant was told by the police that he would only be charged with the second degree murder of Worms in exchange for his providing to the police the location of the gun and other ancillary information related to the murder. When the appellant refused to accept the "deal" without consulting his lawyer, the officers continued to express doubts regarding the helpfulness of the appellant's counsel, emphasizing that he was taking the weekend off. They then kept the deal open only for the weekend, the period of time during which the appellant's counsel was unavailable, underscoring all the while that the deal was but a "one-time chance". The trial record, as cited by the Court of Appeal at pp. 358-59, reveals the following exchanges between the appellant and the law enforcement agents once the "deal" was proposed:

[Appellant]: Why don't you tell my lawyer that [about the deal]?

[Officer #1]: What? That, that we would do this [deal]?

[Appellant]: Yeah.

[Officer #1]: He only talked to us for two minutes and left, he wanted to have the weekend off, he's not even prepared to talk to us till Monday.

[Officer #2]: We're talking to you, Terry, because I think you're the one that should be — .

[Officer #1]: You're the one that's sitting here, and your parents are sitting at home!

...

[Officer #1]: The difference is that your family are, are sitting there for another week or two weeks, while your lawyer is going back and forth,

[Policier n° 1]: Par exemple, il ne t'a pas parlé d'obtenir une aide quelconque ou quelque chose comme ça?

[Appellant]: Non.

[Policier n° 1]: Hum! Tout ce qui le préoccupe, c'est l'argent, l'argent, l'argent, hein?

Le 4 janvier 1985, les policiers ont offert à l'appelant de conclure un marché. Ils ont prétendu avoir reçu des directives en ce sens de leur «patron» et du substitut du procureur général. Ils ont informé l'appelant qu'il ne serait accusé que du meurtre au deuxième degré de Worms s'il acceptait d'indiquer à la police l'endroit où se trouvait l'arme à feu, et de donner des renseignements accessoires sur le meurtre. Face au refus de l'appelant de conclure ce marché sans consulter son avocat, les policiers ont continué à exprimer des doutes sur l'utilité de ce dernier, soulignant qu'il avait pris congé pour le week-end. Ils ont alors maintenu leur offre pour le week-end seulement, soit le délai pendant lequel l'avocat de l'appelant ne serait pas libre, soulignant pendant tout ce temps que l'offre constituait une «chance unique». Le dossier du procès, que la Cour d'appel cite aux pp. 358 et 359, rapporte les échanges suivants entre l'appelant et les policiers après que le «marché» eut été proposé:

[TRADUCTION]

[Appellant]: Pourquoi n'en parlez-vous pas à mon avocat [du marché]?

[Policier n° 1]: Quoi? Que nous ferions cela [le marché]?

[Appellant]: Ouais.

[Policier n° 1]: Il ne nous a parlé que pendant deux minutes puis il est parti, il voulait prendre congé ce week-end, il n'est même pas disposé à nous parler avant lundi.

[Policier n° 2]: Nous te parlons, Terry, parce que je crois que tu es celui qui devrait — .

[Policier n° 1]: Parce que tu es ici et que tes parents sont à la maison!

...

[Policier n° 1]: La différence, c'est que les membres de ta famille attendent là pendant encore une ou deux semaines, pendant que ton avocat va et

having his weekends off and, and uh, whatever, and they're, they're just waiting for the knock on the door. That's the difference. I agree with you, as far as the sentence is concerned, there's no difference. None whatsoever, because you'll do the time on the most serious, which we've already got

[Appellant]: How do you know it's more serious?

[Officer #1]: Well, because it's a First Degree [murder] charge. We're offering you the Second Degree one. That's, that's like uh . . . I, I can't believe you're hedging on it. Jeese, cause that's, that would be

vient et prend congé les week-ends et, euh, peu importe, et ils attendent que l'on frappe à leur porte. C'est ça, la différence. Je conviens avec toi que pour ce qui est de la peine, il n'y a pas de différence. Aucune quelle qu'elle soit, puisque tu purgeras une peine relativement à la plus grave, ce que nous avons déjà obtenu . . .

[Appellant]: Comment pouvez-vous savoir qu'elle est plus grave?

[Policier n° 1]: Eh bien, parce qu'il s'agit d'une accusation de [meurtre] au premier degré. Nous t'offrons une accusation de meurtre au deuxième degré. C'est, c'est comme euh [. . .] Je ne peux pas croire que tu hésites, parce que, parce que ce serait . . .

7 On the night of January 4, 1985, the appellant eventually acquiesced to the deal despite having telephoned another lawyer who had advised him not to talk to the police. The appellant fulfilled his half of the bargain: by midnight the police had a full confession, had been brought to the murder site, and had the possibility of locating the murder weapon. On the morning of January 5, 1985, appellant told his girlfriend Judy Hall that he had brought the police to the location where the gun had been left months earlier under what had since become the frozen Kootenay River. He also told her he knew (at p. 365) "something about the death of Ms. Worms".

Au cours de la nuit du 4 janvier 1985, l'appelant a finalement acquiescé au marché en dépit du fait qu'il avait téléphoné à un autre avocat qui lui avait conseillé de ne rien dire aux policiers. L'appelant a respecté sa part du marché: à minuit, il avait fait des aveux complets aux policiers, il les avait amenés sur les lieux du meurtre et leur avait indiqué l'endroit où ils pourraient trouver l'arme du crime. Le 5 janvier 1985 au matin, l'appelant a raconté à son amie Judy Hall qu'il avait amené la police là où, quelques mois plus tôt, il avait laissé l'arme à feu dans la rivière Kootenay dont les eaux étaient maintenant gelées. Il lui a également déclaré (à la p. 365) qu'il savait [TRADUCTION] «quelque chose au sujet de la mort de M^{me} Worms».

8 Later that day, however, the appellant was told the deal never existed in the manner in which he understood it. Apparently Crown counsel had only authorized the officers to say that a plea of guilty to second degree murder would be accepted, not that the appellant would be charged with second degree murder, the difference being the accused would have the option to plead not guilty to second degree murder. The trial judge, Toy J. (as he then was), found as a fact that the police officers had made an honest mistake. When informed about the aborted deal, the appellant's reaction was as follows:

Toutefois, plus tard le même jour, l'appelant a été avisé que le marché conclu n'avait jamais eu le sens qu'il lui avait prêté. Apparemment, le substitut du procureur général avait seulement autorisé les policiers à dire qu'un plaidoyer de culpabilité de meurtre au deuxième degré serait accepté, et non que l'appelant serait accusé de meurtre au deuxième degré, la différence étant que, dans ce dernier cas, l'accusé aurait le choix de plaider non coupable à l'accusation en question. Le juge du procès Toy (maintenant juge de la Cour d'appel) a tiré la conclusion de fait que les policiers avaient commis une erreur honnête. Informé que le marché avait échoué, l'appelant a réagi ainsi:

[TRADUCTION]

[Officer #1]: Maybe I should bring you up first uh . . . just up on what's transpired today with Crown counsel and everything.

...

[Officer #1]: I don't know if you're going to be very happy with the Crown, but what they've been saying is that uh . . . they said that Glenn had no right to make any deals with you and their [*sic*] taking the you know it's probably no surprise to you but their [*sic*] taking the . . . the uh . . . line that we decide on what charges are laid.

[Appellant]: Ya, that's not very fair to me, though is it?

...

[Appellant]: I mean uh . . . promises were made to me and there [*sic*] not being kept.

...

[Appellant]: So what you're telling is that it's another murder one charge?

[Officer #1]: I'm telling ya is that what I'm telling you is that the Crown will not let us make deals and their [*sic*] . . . their [*sic*] the ones that uh . . . will decide on those sort of things so that the problem is . . . that their [*sic*] not bound to go by and uh.

...

[Officer #1]: Like I say it's a piss off for everybody concerned . . .

[Policier n° 1]: Je devrais peut-être euh, t'informer d'abord de ce qui s'est passé aujourd'hui avec le substitut du procureur et de tout cela.

...

[Policier n° 1]: Je ne sais pas si tu vas être heureux de la décision du substitut, mais ils disent que euh [. . .] ils disent que Glenn n'avait pas le droit de conclure un marché avec toi et ils soutiennent, tu n'en es probablement pas surpris, mais ils soutiennent que [. . .] que euh [. . .] que nous décidons des accusations qui sont portées.

[Appellant]: Ouais, mais ce n'est pas très juste pour moi, n'est-ce pas?

...

[Appellant]: Je veux dire euh [. . .] on m'a fait des promesses et elles ne sont pas respectées.

...

[Appellant]: Alors ce que vous êtes en train de dire, c'est qu'il y a une autre accusation de meurtre au premier degré?

[Policier n° 1]: Je te dis que ce que je te dis que le substitut du procureur ne nous laissera pas conclure de marché et ils [. . .] c'est eux [. . .] euh [. . .] qui décideront ce genre de choses alors le problème c'est qu'ils ne sont pas tenus de le respecter et euh.

...

[Policier n° 1]: Comme je l'ai dit, c'est vraiment embêtant pour tout le monde . . .

The appellant was charged on January 8, 1985, with the first degree murder of Worms, and the Crown subsequently sought to introduce all of the evidence obtained while the appellant was under the misunderstanding that he was participating in a valid agreement. Of particular significance is the fact that the police never consulted with the appellant's counsel regarding the "deal" nor did they give the appellant the opportunity to speak to his counsel.

Le 8 janvier 1985, l'appelant a été accusé du meurtre au premier degré de Worms, puis le ministère public a tenté de produire tous les éléments de preuve obtenus au moment où l'appelant croyait à tort qu'il était partie à une entente valide. Le fait que les policiers n'aient jamais consulté l'avocat de l'appelant au sujet du marché et qu'ils n'aient pas donné non plus à l'appelant la possibilité de parler à son avocat revêt une importance particulière.

10 At trial, a breach of s. 10(b) of the *Charter* was found. The trial judge held that, as a result of this violation, the appellant's confession, his disclosure of the location of the weapon, as well as his directions and gestures to the police were inadmissible. However, Toy J. admitted the fact of finding the gun, the actual gun, as well as Hall's testimony regarding the statements made to her by the appellant. The appellant was convicted of the first degree murder of Denean Worms. He appealed. The Court of Appeal affirmed the decision of the trial judge, but there was a strong dissent by McEachern C.J., who found that admitting any or all of the derivative evidence would bring the administration of justice into disrepute.

B. Analysis

11 Although the appellant has advanced some seven grounds for appeal, it is only proper for this Court to consider those which gave rise to the dissenting opinion among the members of the British Columbia Court of Appeal since the appellant never submitted an application for leave with respect to the other issues. The issues giving rise to dissent in the court below all relate to the admissibility of the derivative evidence, more specifically: (1) the testimony from Hall that the appellant told her he showed the police where the gun could be found; (2) evidence that police divers had found the gun in the river; (3) testimony from Everett Biddlecome (a witness) and the lawful owner of the gun (James Lewis) identifying the murder weapon at trial; and (4) the gun itself. The admissibility of these pieces of evidence is contingent upon the resolution of the legal questions at issue in this appeal: namely (1) was the accused denied his right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*; and (2) if so, what consequences flow from that violation?

Au procès, on a conclu que l'al. 10b) de la *Charte* avait été violé. Le juge du procès a statué qu'en raison de cette violation la confession de l'appellant, sa divulgation de l'endroit où se trouvait l'arme, de même que les directives qu'il avait données aux policiers et les signes qu'il leur avait faits étaient inadmissibles. Le juge Toy a cependant admis en preuve le fait que l'arme à feu avait été trouvée, l'arme à feu elle-même et le témoignage de Hall concernant les déclarations que l'appellant lui avait faites. L'appellant a été déclaré coupable du meurtre au premier degré de Denean Worms, verdict dont il a interjeté appel. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge du procès, mais avec une forte dissidence de la part du juge en chef McEachern qui a conclu qu'admettre l'un ou l'autre ou tous les éléments de preuve dérivée était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

B. Analyse

Bien que l'appellant ait invoqué quelque sept moyens d'appel, il convient que notre Cour n'examine que ceux qui sont à l'origine de la dissidence chez les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique puisque l'appellant n'a jamais soumis de demande d'autorisation relativement aux autres questions. Les questions qui ont motivé la dissidence en cour d'appel portent toutes sur l'admissibilité des éléments de preuve dérivée, plus particulièrement: (1) le témoignage de Hall selon lequel l'appellant lui a raconté avoir indiqué à la police l'endroit où l'arme à feu se trouvait, (2) la preuve que des plongeurs de la police ont trouvé l'arme à feu dans la rivière, (3) le témoignage d'Everett Biddlecome (un témoin) et du propriétaire légitime de l'arme à feu (James Lewis) identifiant l'arme du crime au procès, et (4) l'arme à feu elle-même. L'admissibilité de ces éléments de preuve dépend de la réponse aux questions juridiques soulevées dans le présent pourvoi, savoir: (1) Y a-t-il eu négation du droit à l'assistance d'un avocat, que garantissait à l'accusé l'al. 10b) de la *Charte*? Et (2) dans l'affirmative, quelles sont les conséquences de cette violation?

(i) *Was there a denial of the accused's right to counsel?*

Section 10(b) of the *Charter* guarantees an accused the right, upon arrest and detention, to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right. This Court has consistently given a broad interpretation to s. 10(b). In the case at bar, there were several ways in which the appellant's right to counsel was denied.

First, the police continually questioned him despite his repeated statements that he would say nothing absent consultation with his lawyer. Section 10(b) requires, barring urgent circumstances, that the police refrain from attempting to elicit incriminatory evidence once a detainee has asserted his or her right to counsel: *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190.

Second, s. 10(b) specifically prohibits the police, as they did in this case, from belittling an accused's lawyer with the express goal or effect of undermining the accused's confidence in and relationship with defence counsel. It makes no sense for s. 10(b) of the *Charter* to provide for the right to retain and instruct counsel if law enforcement authorities are able to undermine either an accused's confidence in his or her lawyer or the solicitor-client relationship.

Third, the improper conduct by the police regarding the plea bargain also amounted to an infringement of s. 10(b). On this issue, I would affirm the conclusion of Toy J. at trial and McEachern C.J. on appeal that s. 10(b) was violated when the officers pressured the appellant into accepting the "deal" without first having the opportunity to consult with his lawyer.

An argument could be made that, at the moment the plea bargain was offered, no s. 10(b) violation arose since the accused had an opportunity to call a lawyer, albeit not his particular lawyer, whom the police knew to be unavailable for the one night

(i) *Y a-t-il eu négation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat?*

L'alinéa 10b) de la *Charte* garantit à l'accusé le droit, lors de son arrestation et de sa détention, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit. Notre Cour a constamment donné à l'al. 10b) un sens large. En l'espèce, le droit de l'appelant de recourir à l'assistance d'un avocat a été nié de plusieurs façons.

Premièrement, les policiers ont interrogé l'appelant sans relâche bien qu'il ait indiqué, à maintes reprises, qu'il ne dirait rien sans avoir consulté son avocat. L'alinéa 10b) requiert, sauf en cas d'urgence, que la police s'abstienne de tenter de soutirer au détenu une preuve incriminante une fois que celui-ci a invoqué son droit à l'assistance d'un avocat: *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190.

Deuxièmement, l'al. 10b) interdit expressément aux policiers de dénigrer l'avocat d'un accusé, comme ils l'ont fait en l'espèce, dans le but ou avec comme résultat exprès de miner la confiance de l'accusé en son avocat et sa relation avec lui. Il ne sert à rien que l'al. 10b) de la *Charte* garantisse le droit à l'assistance d'un avocat si les autorités chargées d'appliquer la loi sont en mesure de miner la confiance de l'accusé en son avocat ou la relation entre un avocat et son client.

Troisièmement, la conduite répréhensible des policiers, concernant la négociation d'un plaidoyer, contrevenait également à l'al. 10b). À ce propos, je suis d'avis de confirmer la conclusion tirée par le juge Toy au procès et par le juge en chef McEachern en appel, selon laquelle il y a eu violation de l'al. 10b) lorsque les policiers ont fait pression sur l'appelant pour qu'il accepte leur offre sans avoir préalablement eu la possibilité de consulter son avocat.

On pourrait soutenir qu'au moment où l'offre de négociation d'un plaidoyer a été faite, il n'y a eu aucune violation de l'al. 10b) puisque l'accusé avait eu la possibilité d'appeler un avocat, quoique ce ne fût pas son avocat qui, à la connaissance de

12

13

14

15

16

the offer was left open. However, I am not persuaded by such an argument. Allowing the appellant to call a random lawyer is, given the seriousness of the situation he faced and the circumstances of this case, insufficient for the officers to discharge their responsibilities under s. 10(b). This is especially so when the call to this unknown lawyer is placed within the context of the general trickery and subterfuge used by the police in arranging matters so that the appellant himself had to decide on the plea in the absence of his own counsel. Although it is clear that s. 10(b) does not guarantee an accused the right to the counsel of his or her choice at all times, in a situation such as the appellant's I believe that either the offer should have been made at a point in time when the accused's lawyer (who was entirely familiar with the facts of his case) was available or the police should have kept it open to a point in time when the accused's counsel would reasonably be considered to be available.

17 In this conclusion I agree with the following passage from McEachern C.J.'s dissent in the court below at pp. 367-68:

The s. 10 Charter rights of detained persons who have elected to exercise their constitutional rights to retain and instruct counsel would be seriously compromised if police officers having complete control over such persons, should seek . . . directly or indirectly, to disregard or act contrary to the advice they have received.

...

Even more serious, in my view, was the police insistence that the accused make a decision that very evening when the police knew the lawyer for the accused was not available. This is worse than the "unfair trick" described in *R. v. Hebert* . . . , [1990] 2 S.C.R. 151, [at p. 158] There was no urgency, and the police could well have waited over the weekend when the matter could have been discussed with counsel for the accused. Their failure to do so constituted a clear denial of the accused's s. 10(b) Charter right to retain and instruct counsel.

la police, n'était pas disponible pendant la nuit où l'offre a été mise sur la table. Toutefois, cet argument ne me convainc pas. Compte tenu de la gravité de la situation dans laquelle il se trouvait et des circonstances de la présente affaire, permettre à l'appelant d'appeler un avocat au hasard n'était pas suffisant pour permettre aux policiers de s'acquitter des obligations qui leur incombaient sous le régime de l'al. 10b). Cela est d'autant plus vrai du fait que l'appelant a appelé cet avocat qu'il ne connaissait pas, alors que la police avait eu recours à la supercherie et au subterfuge généralisés pour faire en sorte que l'appelant ait à décider lui-même du plaidoyer en l'absence de son propre avocat. Bien qu'il soit clair que l'al. 10b) ne garantit pas en tout temps à l'accusé le droit à l'assistance de l'avocat de son choix, je crois que, dans une situation comme celle dans laquelle se trouvait l'appelant, l'offre aurait dû être faite au moment où l'avocat de l'accusé (qui connaissait parfaitement les faits de son cas) était disponible, ou encore que la police aurait dû la maintenir jusqu'à ce que l'on puisse raisonnablement considérer que l'avocat de l'accusé était disponible.

En concluant ainsi, je souscris au passage suivant des motifs de dissidence du juge en chef McEachern (aux pp. 367 et 368):

[TRADUCTION] Les droits que l'art. 10 de la Charte garantit aux détenus qui ont choisi d'exercer leur droit constitutionnel de recourir à l'assistance d'un avocat seraient gravement compromis si des policiers qui exercent un contrôle complet sur ces personnes tentaient [. . .], directement ou indirectement, d'ignorer l'avis qu'ils ont reçu ou d'agir contrairement à celui-ci.

...

Ce qui est même plus grave à mon avis, les policiers ont insisté pour que l'accusé prenne une décision le soir même alors qu'ils savaient que son avocat n'était pas disponible. Cela est pire que l'«artifice inéquitable» décrit dans l'arrêt *R. c. Hebert* [. . .], [1990] 2 R.C.S. 151, [à la p. 158] [. . .] Il n'y avait aucune urgence et les policiers auraient certainement pu attendre la fin du week-end de manière à pouvoir discuter de l'affaire avec l'avocat de l'accusé. Leur omission de ce faire a constitué nettement une négation du droit, garanti à l'accusé par l'al. 10b) de la Charte, de recourir à l'assistance d'un avocat.

When, at first, the appellant refused to accept the deal without consulting with a lawyer, the officers resumed their attempts to discourage the appellant from meeting with his lawyer by observing that the appellant's lawyer was taking the weekend off, by stressing that any delays in accepting the deal would prove painful for the appellant's family, and by underscoring that the deal was being offered for that night only. The end result of this badgering was that the accused did not understand the full content of his right to counsel. When it is evident that there is such a misunderstanding, the police cannot rely on a mechanical recitation of the right to counsel in order to discharge their responsibilities under s. 10(b): *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, at p. 891. They must take positive steps to facilitate that understanding. In the case at bar, not only did the police fail to take affirmative steps to clear up the appellant's confusion, but they also in fact created this confusion in the first place.

The following excerpt from the decision of Toy J. indicates the extent to which the appellant did not understand the meaning of the right to counsel:

In his testimony the accused was asked why, in light of the two lawyers' advice not to speak to the police, he had done so and he replied, "I was under the impression that if I cooperated with the police I'd face a lesser charge and I didn't need a lawyer." In my judgment this impression is totally justifiable when one reads the transcript of the denigrating way the police officers referred to the accused's then lawyer. [Emphasis in original.]

It is thus apparent from the transcripts that the accused would not have made the deal with police if it were not for the concerted effort by the police to convince the accused not to consult with his counsel.

I underscore that, in *Evans*, *supra*, at pp. 886-87 and 893, McLachlin J. held that the police have the duty to advise a suspect of the right to counsel where there is a fundamental and discrete change in the purpose of an investigation which involves a different and unrelated offence or a significantly

Lorsque, dès le départ, l'appelant a refusé de conclure le marché sans consulter son avocat, les policiers ont de nouveau tenté de le décourager de rencontrer son avocat en faisant remarquer que celui-ci était en congé pour le week-end, en soulignant que tout retard mis à accepter l'offre se révélerait pénible pour la famille de l'appelant et en faisant ressortir que l'offre n'était valide que pour cette nuit-là. Ce harcèlement a finalement empêché l'accusé de saisir tout le sens de son droit à l'assistance d'un avocat. Lorsqu'il est évident qu'il existe un tel malentendu, les policiers ne peuvent se contenter de réciter de façon rituelle la mise en garde relative au droit à l'assistance d'un avocat pour s'acquitter des obligations qui leur incombent en vertu de l'al. 10b): *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, à la p. 891. Ils doivent prendre des mesures concrètes pour faciliter cette compréhension. En l'espèce, non seulement les policiers n'ont-ils pris aucune mesure concrète pour dissiper la confusion chez l'appelant, mais encore ce sont eux, au départ, qui ont engendré cette confusion.

Le passage suivant de la décision du juge Toy indique la mesure dans laquelle l'appelant n'a pas compris le sens du droit à l'assistance d'un avocat:

[TRADUCTION] Au cours du témoignage de l'accusé, on lui a demandé la raison pour laquelle il avait fait fi du conseil de deux avocats de ne pas parler à la police. Il a répondu ceci: «J'avais l'impression que si je collaborais avec la police, je ferais face à une accusation moins grave, et que je n'avais pas besoin d'un avocat.» À mon sens, cette impression est totalement justifiable si on lit la transcription de la façon désobligeante dont les policiers ont parlé de celui qui était alors l'avocat de l'accusé. [Souligné dans l'original.]

Il ressort donc des transcriptions que l'accusé n'aurait pas conclu le marché avec les policiers n'eût été les efforts concertés que ceux-ci ont déployés pour le convaincre de ne pas consulter son avocat.

Je souligne que, dans *Evans*, précité, aux pp. 886, 887 et 893, le juge McLachlin a conclu que les policiers sont tenus d'informer un suspect de son droit à l'assistance d'un avocat quand il y a un changement radical et net de l'objet de l'enquête, qui vise une infraction différente et indépendante

more serious offence than that contemplated at the time of the original instruction of the right to counsel. Such a situation arose in the case at bar. The deal offered by the police involved a different offence and was of such material importance to the appellant that it constituted a fundamental change in the course of his prosecution. For the reasons discussed earlier, a genuine effort should have been made to contact the accused's own lawyer.

21 Furthermore, I conclude that s. 10(b) mandates the Crown or police, whenever offering a plea bargain, to tender that offer either to accused's counsel or to the accused while in the presence of his or her counsel, unless the accused has expressly waived the right to counsel. It is consequently a constitutional infringement to place such an offer directly to an accused, especially (as in the present appeal) when the police coercively leave it open only for the short period of time during which they know defence counsel to be unavailable. In the case at bar, the police should have negotiated the "deal" with the appellant's counsel or, at a minimum, with the appellant while accompanied by his lawyer.

22 I emphasize that, in the case at bar, there was no urgency to the matter. Mere expediency or efficiency is not sufficient to create enough "urgency" to permit a s. 10(b) breach: *Prosper, supra*. Neither the precipitous issuing of the plea bargain by the police nor their conscious undermining of the accused's relationship with his counsel can be justified on the basis that such conduct allegedly facilitated the investigatory process.

23 In closing, given the appellant's success on the other questions he raises, I need not deal with his submission that the breach by the Crown of the plea bargain deal also triggered constitutional violations. However, I should mention that, to the extent that the plea bargain is an integral element of the Canadian criminal process, the Crown and

ou une infraction beaucoup plus grave que celle qui était en cause à l'époque de la première mise en garde relative au droit à l'assistance d'un avocat. C'est ce qui s'est produit en l'espèce. L'offre de la police visait une infraction différente et revêtait une telle importance pour l'appelant qu'elle constituait un changement radical de l'orientation des poursuites dont il faisait l'objet. Pour les motifs exprimés précédemment, les policiers auraient dû s'efforcer véritablement de communiquer avec l'avocat de l'accusé.

J'en viens par ailleurs à la conclusion que l'al. 10b) exige que le ministère public ou les policiers qui font une offre de négocier un plaidoyer soumettent cette offre soit à l'avocat de l'accusé, soit à l'accusé lui-même en présence de son avocat, à moins que l'accusé n'ait expressément renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat. Il est donc inconstitutionnel de faire une telle offre directement à un accusé, particulièrement (comme c'est le cas en l'espèce) lorsque la police, dans le but de forcer la main de l'accusé, ne la maintient que pour le bref laps de temps pendant lequel elle sait que l'avocat de la défense ne sera pas disponible. Dans la présente affaire, la police aurait dû négocier le marché avec l'avocat de l'appelant ou, à tout le moins, avec l'appelant en la présence de son avocat.

J'insiste sur le fait qu'en l'espèce il n'y avait aucune urgence à ce propos. Les simples motifs de commodité ou d'efficacité ne suffisent pas à créer une «urgence» suffisante pour justifier une violation de l'al. 10b): *Prosper, précité*. Ni l'offre précipitée de la police de négocier un plaidoyer, ni sa tentative délibérée de miner la relation de l'accusé avec son avocat ne sauraient être justifiées pour le motif qu'un tel comportement a, paraît-il, facilité l'enquête.

Enfin, étant donné que l'appelant obtient gain de cause sur les autres questions qu'il soulève, je n'ai pas à me pencher sur sa prétention que le manquement du ministère public à l'entente survenue en matière de négociation d'un plaidoyer a également entraîné des violations de la Constitution. Toutefois, je devrais mentionner que, dans la mesure où

its officers engaged in the plea bargaining process must act honourably and forthrightly.

(ii) *What is the just and appropriate remedy?*

Having found a serious *Charter* violation, I now turn to the question of the appropriate remedy. I see no reason to interfere with the lower courts' conclusion that it is inappropriate to stay these proceedings. Stays should only be limited to the "clearest of cases" and, despite the exhortations of appellant's counsel to the contrary, this is not such a case: *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601. After all, a judicial stay is "the most drastic of remedies": *R. v. L. (W.K.)*, [1989] B.C.J. No. 1700 (C.A.) (QL), aff'd [1991] 1 S.C.R. 1091. Therefore, given the inappropriateness of staying these proceedings on account of the s. 10(b) violation, the fundamental question that must be addressed is whether s. 24(2) of the *Charter* can operate to exclude any or all of the derivative evidence that had been admitted at trial.

Section 24(2) provides that when evidence is obtained in a manner that infringes an accused's *Charter* rights, this evidence shall be excluded from the trial process if it is established that, having regard to all of the circumstances, the admission of such evidence would bring the administration of justice into disrepute. The approach to be employed in interpreting the content of "bringing the administration of justice into disrepute" was outlined by the Court in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. It is commonly recognized that the *Collins* decision established a test to gauge whether the impugned evidence ought to be admitted or excluded. The purpose of this test is to oblige law enforcement authorities to respect the exigencies of the *Charter* and to preclude improperly obtained evidence from being admitted to the trial process when it impinges upon the fairness of the trial.

la négociation d'un plaidoyer fait partie intégrante du processus criminel canadien, le ministère public et ses représentants qui prennent part au processus de négociation doivent agir honorablement et avec franchise.

(ii) *Quelle est la réparation juste et convenable?*

Après avoir conclu à l'existence d'une violation grave de la *Charte*, je vais maintenant examiner la question de la réparation convenable. Je ne vois aucune raison de modifier la conclusion des tribunaux d'instance inférieure selon laquelle il ne convient pas d'arrêter les présentes procédures. Les arrêts de procédures ne devraient être ordonnés que dans les «cas les plus manifestes» et, en dépit des exhortations contraires de l'avocat de l'appellant, ce n'est pas le cas en l'espèce: *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601. Après tout, l'ordonnance judiciaire d'arrêt des procédures est [TRADUCTION] «la plus radicale des réparations»: *R. c. L. (W.K.)*, [1989] B.C.J. No. 1700 (C.A.) (QL), conf. par [1991] 1 R.C.S. 1091. En conséquence, puisqu'il ne convient pas d'ordonner l'arrêt des présentes procédures pour cause de violation de l'al. 10b), la question fondamentale qui doit être abordée est de savoir si le par. 24(2) de la *Charte* peut avoir pour effet d'exclure l'un ou l'autre ou la totalité des éléments de preuve dérivée admis au procès.

Aux termes du par. 24(2), les éléments de preuve obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits garantis à un accusé par la *Charte* sont écartés du procès s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, notre Cour a exposé la façon dont il faut interpréter l'expression «déconsidérer l'administration de la justice». Il est généralement reconnu que cet arrêt a établi un critère qui permet d'évaluer si les éléments de preuve contestés devraient être admis ou écartés. Ce critère a pour objectif de contraindre les autorités chargées d'appliquer la loi à respecter les exigences de la *Charte* et d'empêcher que les éléments de preuve obtenus irrégulièrement ne soient admis s'ils portent atteinte à l'équité du procès.

24

25

26 I note that, at the time of trial, the *Collins* decision had not yet been rendered. The trial judge had consequently governed himself by the determinative authority in British Columbia at the time, *R. v. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151 (B.C.C.A.), which adopted a narrower interpretation of s. 24(2) than that currently applicable. As early as *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, at p. 558, this Court decided that *Gladstone* had been overtaken by more recent Supreme Court jurisprudence, most notably *Collins*. Owing to the application of the “in the system rule” (*R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246) the appellant is entitled to the benefit of the *Collins* test in terms of the disposition of his appeal.

27 When the *Collins* test is applied to the facts at bar, I find, as did McEachern C.J. in dissent below, that all of the derivative evidence ought to be excluded.

28 In *Collins*, *supra*, at pp. 283-85, Lamer J. (as he then was) set forth a number of criteria to be examined in determining whether the admission of evidence obtained in violation of a *Charter* right would tend to bring the administration of justice into disrepute. In a subsequent decision, *Jacoy*, *supra*, Lamer J. then explicitly grouped these factors into three categories: (1) those affecting the fairness of the trial; (2) those relating to the seriousness of the violation; and (3) those relating to the effect on the reputation of the administration of justice of excluding the evidence. It appears that, when the s. 24(2) analysis was first developed by this Court in *Collins*, the impact of the evidence on the fairness of the trial was determined to be the most important consideration under s. 24(2) in terms of triggering the exclusionary effect of the *Charter* remedy. In *Collins*, *supra*, at p. 284, Lamer J. held:

If the admission of the evidence in some way affects the fairness of the trial, then the admission of the evidence would tend to bring the administration of justice into

Je remarque qu’à l’époque du procès l’arrêt *Collins* n’avait pas encore été rendu. Le juge du procès s’est donc fondé sur l’arrêt *R. c. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151 (C.A.C.-B.), qui faisait autorité à l’époque en Colombie-Britannique et dans lequel la cour avait adopté une interprétation plus stricte du par. 24(2) que celle qui s’applique actuellement. Déjà dans l’arrêt *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, à la p. 558, notre Cour avait décidé que l’arrêt *Gladstone* avait été supplanté par la jurisprudence plus récente de la Cour suprême, plus particulièrement par l’arrêt *Collins*. En raison de l’application de la «règle de l’affaire en cours» (*R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246), l’appelant a le droit de bénéficier du critère de l’arrêt *Collins* pour ce qui est de statuer sur son pourvoi.

Si j’applique le critère de l’arrêt *Collins* aux faits de la présente affaire, je conclus, à l’instar du juge en chef McEachern, dissident en cour d’appel, que tous les éléments de preuve dérivée devraient être écartés.

Dans l’arrêt *Collins*, précité, aux pp. 283 à 285, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a énoncé un certain nombre de critères qu’il faut examiner pour déterminer si l’utilisation d’éléments de preuve obtenus contrairement à un droit garanti par la *Charte* est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Dans l’arrêt subséquent *Jacoy*, précité, le juge Lamer a ensuite explicitement regroupé ces facteurs en trois catégories: (1) ceux qui portent atteinte à l’équité du procès, (2) ceux qui ont trait à la gravité de la violation, et (3) ceux qui se rapportent à l’effet de l’exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l’administration de la justice. Il appert que, lorsque notre Cour a pour la première fois formulé l’analyse fondée sur le par. 24(2) dans l’arrêt *Collins*, l’effet de la preuve sur l’équité du procès a été jugé comme étant le facteur le plus important sous le régime du par. 24(2) pour ce qui est de déclencher l’effet d’exclusion de la réparation prévue par la *Charte*. Dans l’arrêt *Collins*, précité, à la p. 284, le juge Lamer dit:

Si l’utilisation de la preuve portait atteinte de quelque façon à l’équité du procès, alors celle-ci tendrait à déconsidérer l’administration de la justice et, sous

disrepute and, subject to a consideration of the other factors, the evidence generally should be excluded. [Emphasis in original.]

In *Collins, supra*, at pp. 284-85, Lamer J. also noted that self-incriminatory evidence obtained as a result of a *Charter* breach (i.e., evidence where the accused is conscripted against him- or herself through a confession or other evidence emanating from him or her) will generally go to the fairness of the trial and should generally be excluded. It was expressly held that such evidence will generally arise in the context of an infringement of the right to counsel. For more recent cases on this point, see *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24. Trial unfairness strikes at the heart of the reputation of the administration of justice: *Hebert, supra*, at pp. 207-8; see also J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 407, “[o]nce impugned evidence has been found to come within the trial fairness rationale, exclusion is virtually certain to follow”.

On the other hand, Lamer J. noted that the admission of real evidence obtained in a manner that violates the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone. This conclusion militates against the exclusion of the gun in the case at bar. However, I find that, in jurisprudence subsequent to *Collins*, this Court has consistently shied away from the differential treatment of real evidence. For example, in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, at p. 16, Lamer J. emphasized that the admissibility of evidence under s. 24(2) depended ultimately not on its nature as real or testimonial, but on whether or not it would only have been found with the compelled assistance of the accused:

... 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. [Emphasis added.]

réserve de la considération des autres facteurs, la preuve devrait généralement être écartée. [Souligné dans l'original.]

Dans l'arrêt *Collins*, précité, aux pp. 284 et 285, le juge Lamer fait également remarquer que la preuve auto-incriminante obtenue à la suite d'une violation de la *Charte* (c'est-à-dire lorsque l'accusé est mobilisé contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres éléments de preuve émanant de lui) compromettra généralement l'équité du procès et devrait généralement être écartée. Il a été expressément déterminé que les éléments de preuve de cette nature sont généralement obtenus dans le contexte d'une violation du droit à l'assistance d'un avocat. Pour des arrêts plus récents sur ce point, voir *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24. L'iniquité du procès touche au cœur même de la considération dont jouit l'administration de la justice: *Hebert*, précité, aux pp. 207 et 208; voir également J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 407, [TRADUCTION] «[d]ès qu'un élément de preuve contesté est jugé attentatoire à l'équité du procès, l'exclusion s'ensuit presque inévitablement».

Le juge Lamer a par ailleurs fait remarquer que l'utilisation d'une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d'injustice. Cette conclusion milite contre l'exclusion de l'arme à feu en l'espèce. Toutefois, je suis d'avis que, dans la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Collins*, notre Cour a constamment répugné à traiter différemment la preuve matérielle. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, à la p. 16, le juge Lamer a souligné que l'admissibilité de la preuve en vertu du par. 24(2) dépendait en fin de compte non pas du fait qu'il s'agit d'une preuve matérielle ou testimoniale, mais de la question de savoir si elle n'aurait pu être découverte qu'avec l'aide forcée de l'accusé:

... 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. [Je souligne.]

29

30

These comments are apposite to the case at bar. Further, I draw attention to the conclusions of La Forest J. in *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 74, where it was noted that the mere fact that impugned evidence is classified as either real or conscriptive should not in and of itself be determinative.

Ces commentaires sont appropriés en l'espèce. De plus, j'attire l'attention sur les conclusions du juge La Forest dans *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, à la p. 74, où il souligne que le simple fait de qualifier la preuve contestée de preuve matérielle ou de preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même ne devrait pas être déterminant en soi.

31 The exclusion of real evidence was specifically dealt with in the decision of this Court in *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615. The *Mellenthin* case involved the exclusion of drugs found in a car at a random roadside breathalyser checkstop. Cory J. reiterated the distinction between “independently existing evidence that could have been found without compelled testimony” and “independently existing evidence that would have been found without compelled testimony” (emphasis in original) established by La Forest J. in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 555. The admission of evidence that simply “could have otherwise been found” will have a higher chance of affecting the fairness of the trial. In *Mellenthin*, the admission into evidence of the drugs — despite their status as real evidence — would have certainly affected the trial’s fairness because they would not have been found without the improper conduct. The drugs were consequently deemed inadmissible.

L'exclusion d'éléments de preuve matérielle a été expressément examinée dans l'arrêt plus récent de notre Cour *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615. Dans l'affaire *Mellenthin*, il était question de l'exclusion de stupéfiants trouvés dans une voiture au cours d'un contrôle routier ponctuel. Le juge Cory a réitéré la distinction 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» (souligné dans l'original), que le juge La Forest a établie 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, à la p. 555. L'utilisation d'éléments de preuve qui «pourraient avoir été découverts autrement» sera plus susceptible de compromettre l'équité du procès. Dans *Mellenthin*, l'admission en preuve de stupéfiants — même s'il s'agissait d'une preuve matérielle — aurait certainement porté atteinte à l'équité du procès puisqu'ils n'auraient pas été découverts sans le comportement répréhensible. Les stupéfiants ont donc été jugés inadmissibles.

32 I conclude my review of the pertinent jurisprudence with the recent decision of *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451. In that case it was recognized that, despite the fact that theoretically the onus rests on the accused to show that the impugned evidence would not have been found but for the unconstitutional conduct, in practice the burden will often fall on the Crown as it possesses superior knowledge. It was held at p. 553 that the “but-for” test will be met by the Crown when it satisfies the court on a balance of probabilities that the law enforcement authorities would have discovered the impugned derivative evidence regardless of the

Je termine mon survol de la jurisprudence pertinente avec l'arrêt récent *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451. Dans cette affaire, on a reconnu que, bien qu'en théorie, il incombe à l'accusé d'établir que la preuve contestée n'aurait pas été découverte n'eût été le comportement inconstitutionnel, en pratique le fardeau incombera fréquemment au ministère public puisqu'il détient une connaissance supérieure. On a indiqué, à la p. 553, que le ministère public satisfera au critère du «n'eût été» s'il convainc la cour selon la prépondérance des probabilités que les autorités chargées d'appliquer la loi auraient découvert la preuve dérivée que l'on con-

information arising from the unconstitutional conduct.

I now turn to the application of this jurisprudence to the case at bar. At the outset, I note that my colleague, Justice L'Heureux-Dubé, concludes that it is the Hall testimony that constitutes the crux of this appeal. My colleague first decides to determine the admissibility of Hall's testimony and, deeming it to be in fact admissible, then goes on to hold that the admission of the gun and the fact of finding the gun would not bring the administration of justice into disrepute. With respect, I find this approach to be inverted. It is the gun and the fact of finding it that stand at the heart of this appeal. This is the key derivative evidence. To this end, the application of s. 24(2) should first concern itself with the gun and its finding, then Biddlecome's and Lewis' identification of it at trial, and thereafter the Hall testimony.

I suggest that it is appropriate to commence the consideration of what evidence should or should not be excluded from the trial process with the evidence obtained most proximate to the *Charter* breach and then work towards evidence arising more remotely therefrom. Since the trial judge deemed appellant's confession to be inadmissible, the contested evidence most proximate to the breach is the finding of the gun. As shall become evident, this gun would never have been found were it not for the unconstitutional conduct by the police officers. In any event, in terms of formulating this analysis, it must be kept in mind that there may be times (as in this case) where more remote evidence might not be admitted if its admission would have the same effect as admitting the most proximate evidence.

As mentioned earlier, I find that the derivative real evidence, the gun, would not have been found but for the information improperly obtained through the s. 10(b) breach. The question is not even whether such evidence would, on a balance of probabilities, have otherwise been located. The

teste peu importe les renseignements obtenus grâce au comportement inconstitutionnel.

En ce qui concerne maintenant l'application de cette jurisprudence à la présente affaire, je souligne, au départ, que ma collègue le juge L'Heureux-Dubé conclut que c'est le témoignage de Hall qui forme le nœud du pourvoi. Ma collègue décide d'abord de se prononcer sur l'admissibilité du témoignage de Hall et, le jugeant en réalité admissible, elle conclut ensuite que l'admission de l'arme à feu et du fait de sa découverte ne déconsidérerait pas l'administration de la justice. J'estime, en toute déférence, que c'est l'inverse qui s'applique. Ce sont l'arme à feu et le fait que celle-ci a été découverte qui se situent au cœur du présent pourvoi. Ce sont des éléments de preuve dérivée essentiels. Aussi, en appliquant le par. 24(2), on devrait d'abord s'intéresser à l'arme à feu et à sa découverte, puis à son identification au procès par Biddlecome et Lewis, et enfin au témoignage de Hall.

À mon sens, il convient, pour déterminer quels éléments de preuve devraient être admis ou écartés au procès, de considérer d'abord les éléments de preuve ayant le lien le plus étroit avec la violation de la *Charte*, pour en venir aux éléments de preuve qui ont un lien moins direct avec celle-ci. Étant donné que le juge du procès a jugé inadmissibles les aveux de l'appelant, la preuve contestée qui découle le plus directement de la violation est la découverte de l'arme à feu. Comme nous le verrons, cette arme n'aurait jamais été découverte n'eût été le comportement inconstitutionnel des policiers. Quoi qu'il en soit, pour ce qui est de formuler la présente analyse, il faut se rappeler qu'il peut parfois arriver (comme en l'espèce) que la preuve qui a un lien moins direct avec la violation soit écartée dans le cas où son utilisation aurait le même effet que l'utilisation de la preuve qui a le lien le plus étroit avec la violation.

Tel que mentionné précédemment, j'estime que la preuve matérielle dérivée, c'est-à-dire l'arme à feu, n'aurait pu être découverte n'eût été les renseignements obtenus irrégulièrement grâce à une violation de l'al. 10b). Il ne s'agit même pas de savoir si cet élément de preuve aurait pu, selon la

33

34

35

gun was at the bottom of the frozen Kootenay River and the only person who knew of its location was the appellant. In this regard, this case can be sharply distinguished from *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138. In *Black*, after the occurrence of a s. 10(b) violation, an accused helped the police identify a particular knife as the murder weapon. Wilson J. admitted this piece of real evidence, noting at p. 164 that she had “little doubt that the police would have conducted a search of the appellant’s apartment with or without her assistance and that such a search would have uncovered the knife”. Consequently, the position that the trial judge’s discretion should, in the preponderance of cases, be exercised in favour of exclusion with respect to derivative evidence which would not have been obtained but for a witness’s testimony is, in fact, consonant with *Black*.

prépondérance des probabilités, être découvert autrement. L’arme était au fond de la rivière Kootenay et seul l’appelant savait où elle se trouvait. À cet égard, on peut établir une nette distinction entre la présente affaire et l’arrêt *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138. Dans l’affaire *Black*, à la suite d’une violation de l’al. 10b), l’accusée a aidé la police à identifier un couteau comme étant l’arme du crime. Le juge Wilson a admis cet élément de preuve matérielle, soulignant, à la p. 164, qu’elle «ne dout[ait] nullement que les policiers auraient procédé à une fouille de l’appartement de l’appelante avec ou sans son aide et que cette fouille leur aurait permis de découvrir le couteau». Par conséquent, il est, en fait, conforme à l’arrêt *Black* de considérer que le juge du procès devrait, dans la plupart des cas, exercer son pouvoir discrétionnaire pour exclure la preuve dérivée qui n’aurait pu être obtenue n’eût été le témoignage d’une personne.

36 On a policy level, if the appellant’s gestures and directions arising from the s. 10(b) violation are inadmissible yet real evidence obtained pursuant to these directions is admissible, this Court might create an incentive for law enforcement agents to disregard accused’s *Charter* rights since, even in the case of an infringement of *Charter* rights, the end result might be the admission of evidence that, ordinarily, the state would not be able to locate.

En principe, si notre Cour déclare inadmissibles les gestes et les directives de l’appelant qui découlent de la violation de l’al. 10b), tout en admettant la preuve matérielle obtenue grâce à ceux-ci, elle risque d’encourager les policiers à ignorer les droits garantis aux accusés par la *Charte* puisque, même dans le cas d’une atteinte à des droits garantis par la *Charte*, il se pourrait qu’on admette, en définitive, des éléments de preuve que l’État serait normalement incapable de découvrir.

37 I also share McEachern C.J.’s view that the appellant’s statement to Hall that he had directed the police to the location of the gun can be classified as derivative evidence. It is true, as Cumming J.A. points out in his concurring majority opinion below, that the appellant made this statement voluntarily and that Hall was not a person in authority. However, even though the statement may not have been “caused” directly by the breach, it was certainly made as a result of that breach. The statements to Hall flowed from the appellant’s understandably confused state of mind stemming from the s. 10(b) violations and the critical decisions he had made in the absence of counsel. The appellant was still under the erroneous impression that the “deal” was on. The statement was made the morning after the appellant had been unconstitutionally

Je partage également l’opinion du juge en chef McEachern que la déclaration de l’appelant à Hall, selon laquelle il avait guidé la police vers l’endroit où se trouvait l’arme à feu, peut être qualifiée de preuve dérivée. Il est vrai, comme le juge Cumming de la Cour d’appel le souligne dans son opinion majoritaire concordante, que l’appelant a fait cette déclaration volontairement et que Hall n’était pas une personne en autorité. Cependant, même s’il se peut que la déclaration n’ait pas été «causée» directement par la violation, elle a certainement été faite par suite de cette violation. Les déclarations que l’appelant a faites à Hall découlaient, on le comprend bien, de la confusion que les violations de l’al. 10b) avaient engendrée dans son esprit et des décisions cruciales qu’il avait prises en l’absence de son avocat. L’appelant était

conscripted to provide evidence against himself. He had never been properly informed of his right to counsel and it cannot be said with any degree of conviction that he would have made the same statement to Hall had he been duly advised of his constitutional rights. In fact, he would have had nothing to say to Hall had he not been improperly conscripted to provide evidence against himself by the police in the first place. For this reason, the rights violation had much more than, as characterized by L'Heureux-Dubé J., simply an incidental effect on the making of the impugned statement.

I note that my colleague describes these statements as a "windfall" to the Crown. Such a description, in my view, overlooks the fact that the content of the appellant's conversation with Hall is inextricably connected to the conduct of the police, found to violate s. 10(b). These self-incriminatory statements amount to evidence that could not have been obtained but for the unconstitutional manner in which the accused was tricked into participating in the construction of the evidence for the purposes of his trial. Given that no satisfactory indication has been given that, on a balance of probabilities, this evidence would have been found regardless of the unconstitutionally obtained information, it is to be excluded under s. 24(2): *R. v. Ross, supra*; *R. v. S. (R.J.), supra*.

The rationale behind the exclusion of evidence lying in close proximity with the *Charter* breach stems from the fact that, in the case at bar, such evidence, if tendered at trial, detracts from the integrity of the trial and thereby infringes both the fairness principle and reliability principle evoked by L'Heureux-Dubé J. in her reasons in the instant appeal. There is an overlap between these two principles in so far as unconstitutionally obtained information may well constitute unreliable evidence, especially when the particular constitutional right that has been breached is the right to counsel. In any event, even if the improperly obtained evi-

encore sous la fausse impression que le «marché» tenait. Il a fait la déclaration en question le matin après avoir été inconstitutionnellement mobilisé pour fournir une preuve contre lui-même. Il n'avait jamais été bien informé de son droit à l'assistance d'un avocat, et on ne peut affirmer de manière convaincante qu'il aurait fait la même déclaration à Hall s'il avait été informé convenablement de ses droits constitutionnels. En fait, il n'aurait rien eu à dire à Hall si la police ne l'avait pas au départ irrégulièrement mobilisé pour qu'il fournisse une preuve contre lui-même. Pour ce motif, la violation des droits a eu beaucoup plus qu'un simple effet secondaire, comme l'affirme le juge L'Heureux-Dubé, sur sa décision de faire la déclaration contestée.

Je remarque que ma collègue qualifie ces déclarations d'«aubaine» pour le ministère public. Cette qualification ne tient pas compte, à mon avis, du fait que la teneur de la conversation de l'appelant avec Hall est inextricablement liée au comportement de la police, jugé contraire à l'al. 10b). Ces déclarations auto-incriminantes constituent une preuve qui n'aurait pas pu être obtenue n'est été la manière inconstitutionnelle dont l'appelant a été amené, par la ruse, à collaborer à la constitution de la preuve aux fins de son procès. Puisque l'on n'a pas indiqué de manière satisfaisante que, selon la prépondérance des probabilités, pareille preuve aurait été découverte peu importe les renseignements obtenus inconstitutionnellement, elle doit être écartée en vertu du par. 24(2): *R. c. Ross*, précité; *R. c. S. (R.J.)*, précité.

Si les éléments de preuve qui ont un lien étroit avec la violation de la *Charte* doivent être écartés, c'est parce que, s'ils étaient produits au procès, en l'espèce ils porteraient atteinte à l'intégrité du procès, violant ainsi les principes de l'équité et de la fiabilité que le juge L'Heureux-Dubé évoque dans les motifs qu'elle a rédigés en l'espèce. Ces deux principes se chevauchent dans la mesure où l'information obtenue inconstitutionnellement risque bien de constituer une preuve non fiable, particulièrement lorsque le droit constitutionnel violé est celui à l'assistance d'un avocat. Quoi qu'il en soit, même si la preuve obtenue irrégulièrement était

38

39

dence were reliable, considerations of reliability are no longer determinative given that the *Charter* has made the rights of the individual and the fairness and integrity of the judicial system paramount: *Hebert, supra*, at p. 178.

fiable, les considérations de fiabilité ne sont plus déterminantes puisque la *Charte* accorde une importance prépondérante aux droits de la personne ainsi qu'à l'équité et à l'intégrité du système judiciaire: *Hebert*, précité, à la p. 178.

40 It is now necessary to focus more directly on the issues of proximity and remoteness. In this regard, the decision of this Court in *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, at pp. 1005-6, is helpful to this analysis.

Il est maintenant nécessaire de se concentrer plus directement sur les questions de l'existence ou de l'absence de lien avec la violation. À cet égard, l'arrêt de notre Cour *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, aux pp. 1005 et 1006, est utile à la présente analyse.

41 *Strachan* concerned the admissibility of evidence (marijuana) obtained as a result of a valid search during which the accused's right to counsel was violated. Dickson C.J. made it clear that a strict causal analysis is not necessary in a s. 24(2) analysis and that the presence of a temporal connection is not determinative. He stated at pp. 1005-6:

L'arrêt *Strachan* portait sur l'admissibilité d'une preuve (marijuana) obtenue grâce à une fouille valide au cours de laquelle il y avait eu violation de droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat. Le juge en chef Dickson a précisé qu'une analyse rigide de la causalité n'est pas nécessaire dans le cadre d'un examen fondé sur le par. 24(2) et que l'existence d'un lien temporel n'est pas déterminante. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 1005 et 1006:

In my view, all of the pitfalls of causation may be avoided by adopting an approach that focuses on the entire chain of events during which the *Charter* violation occurred and the evidence was obtained. . . . A temporal link between the infringement of the *Charter* and the discovery of the evidence figures prominently in this assessment, particularly where the *Charter* violation and the discovery of the evidence occur in the course of a single transaction. . . . [However] [t]here can be no hard and fast rule for determining when evidence obtained following the infringement of a *Charter* right becomes too remote.

À mon avis, tous les pièges que pose la question de la causalité peuvent être évités par l'adoption d'un point de vue qui met l'accent sur toute la suite des événements pendant lesquels la violation de la *Charte* s'est produite et les éléments de preuve ont été obtenus. [. . .] L'existence d'un lien temporel entre la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve revêt une importance particulière dans cette évaluation, surtout lorsque la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve se produisent au cours d'une seule et même opération. [. . .] [Cependant,] [i]l ne peut y avoir de règle stricte pour déterminer le moment où les éléments de preuve obtenus par suite de la violation d'un droit garanti par la *Charte* deviennent trop éloignés.

42 Seen in light of Dickson C.J.'s comments in *Strachan*, it appears that the problem with Cumming J.A.'s reasoning with respect to the statement to Hall is that he fails to recognize the important connection between the content of the statement and the s. 10(b) violation. The fact is that the Crown sought to introduce the statement at trial precisely because it allowed it to do indirectly what the trial judge had ruled the Crown could not do directly: introduce evidence that the appellant knew where the gun was hidden. In this regard, the inclusion of the statement to Hall would directly

Compte tenu des commentaires du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Strachan*, la difficulté que pose le raisonnement du juge Cumming relativement à la déclaration faite à Hall paraît tenir au fait qu'il ne reconnaît pas le lien important entre le contenu de la déclaration et la violation de l'al. 10b). Il reste que le ministère public a tenté de produire la déclaration au procès précisément parce qu'elle lui permettait de faire indirectement ce que le juge du procès lui avait interdit de faire directement: produire la preuve que l'appelant savait où était cachée l'arme à feu. À cet égard, l'utilisation

affect the fairness of the trial, which is a key consideration in affecting the repute of the justice system, despite the fact that the statement was but remotely connected to the unconstitutional conduct. In effect, excluding the gun while including the statements effectively eviscerates the *Charter* of most of its protective value to the accused in this case; including both would totally eliminate any such value. At this point, it is important to recall the observation by Lamer C.J. in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, in which the opinion was expressed at pp. 208-9 that:

Generally speaking, so long as it is not too remotely connected with the violation, all the evidence obtained as part of the "chain of events" involving the *Charter* breach will fall within the scope of s. 24(2). . . .

See also *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, per Sopinka J.

Returning to the question of the self-incriminatory nature of the evidence and its effect on the fairness of the trial, I agree entirely with McEachern C.J.'s reasons when he states at p. 377:

In my view, however, this was highly damaging evidence because even if the circumstances of finding the gun, and the gun itself were admissible, the statement to Ms. Hall was the only evidence that fixed the accused with knowledge that the gun was in the river. This fact tended to connect the accused more closely with the crime and could give rise to an inference of consciousness of guilt on the part of the accused. If, as I believe, the finding of the gun and the gun itself was inadmissible, this statement was the only evidence that proved the gun was even in a river, and that would make an inference of consciousness of guilt even stronger

In this connection, it is significant that the accused did not know that his s. 10(b) *Charter* rights had been violated at the time he made the first statement to Ms. Hall, or that the Crown would be reneging on its agreement with him. More important is the fact that the statement was so closely related both in time and content to the breach.

de la déclaration à Hall porterait directement atteinte à l'équité du procès, facteur qui joue un rôle clé quant à la considération dont jouit le système judiciaire, en dépit du fait que la déclaration n'avait qu'un lien éloigné avec le comportement inconstitutionnel. En effet, exclure cette arme tout en admettant les déclarations dépouille effectivement la *Charte* de la plus grande partie de sa valeur protectrice à l'égard de l'accusé dans la présente affaire; admettre les deux éléments de preuve anéantirait complètement cette valeur. Il importe, à ce stade, de rappeler l'observation que fait le juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, aux pp. 208 et 209:

De façon générale, s'ils ne sont pas trop éloignés de la violation, tous les éléments de preuve obtenus pendant la «suite des événements» qui se rapportent à la violation de la *Charte* sont visés par le par. 24(2). . . .

Voir également *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, le juge Sopinka.

Pour revenir à la question de la nature auto-incriminante de la preuve et de son incidence sur l'équité du procès, je souscris entièrement aux motifs du juge en chef McEachern lorsqu'il dit, à la p. 377:

[TRADUCTION] J'estime, toutefois, qu'il s'agissait là d'une preuve fort préjudiciable puisque, même si les circonstances dans lesquelles l'arme à feu a été retrouvée et l'arme elle-même étaient admissibles, la déclaration faite à M^{me} Hall constituait la seule preuve qui confirmait que l'accusé savait que l'arme se trouvait dans la rivière. Ce fait tendait à lier plus étroitement l'accusé au crime et pouvait amener à déduire l'existence d'un sentiment de culpabilité chez l'accusé. Si, comme je le crois, la découverte de l'arme à feu et cette arme elle-même étaient inadmissibles en preuve, cette déclaration était la seule preuve que l'arme se trouvait même dans une rivière et cela raffermirait la conclusion à l'existence d'un sentiment de culpabilité

À cet égard, il importe de souligner que l'accusé ignorait que ses droits garantis par l'al. 10b) de la *Charte* avaient été violés au moment où il a fait sa première déclaration à M^{me} Hall, ou que le ministère public ne respecterait pas l'entente conclue avec lui. Qui plus est, la déclaration était très étroitement liée à la violation sur les plans du temps et du contenu.

44 Furthermore, I note that in two recent decisions this Court has concluded that, in cases of including evidence flowing from a s. 10(b) violation, the onus lies upon the Crown to demonstrate on a balance of probabilities that, regarding the unfairness of the trial component of the test under s. 24(2), the accused would not have consulted counsel even if properly advised: *Bartle, supra*; *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310. The Crown has clearly not met this burden, or even the less onerous requirements stipulated in earlier jurisprudence.

45 Moreover, the serious nature of the *Charter* breach in this case also supports the conclusion that the administration of justice would be brought into disrepute by the admission of the evidence. In *Collins, supra*, at p. 285, Lamer J. quoted from Le Dain J. 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.

46 In this case, it is clear that the violation was wilful and flagrant. It is also clear, as discussed earlier, that there was no element of urgency. Indeed, as McEachern C.J. notes, the police actually created an artificial situation of urgency in order to trick the accused into accepting the deal without first consulting a lawyer.

47 As to the third branch of the *Collins* test, I am satisfied that the effect of excluding the evidence on the reputation of the administration of justice will be incidental and far outweighed by the negative consequences that would follow were this unconstitutional evidence to be included. I realize that the appellant stands accused of a serious offence. However, as shall become evident in my disposition of this matter, the end result of allowing this appeal is not the issuance of a stay,

De plus, je remarque que, dans deux arrêts récents, notre Cour a conclu que, dans les cas où on admet des éléments de preuve obtenus par suite d'une violation de l'al. 10b), il incombe au ministère public de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'en ce qui concerne le volet «iniquité du procès» du critère applicable à un examen fondé sur le par. 24(2), l'accusé n'aurait pas consulté l'avocat même s'il avait été bien informé de son droit de le faire: *Bartle*, précité; *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310. Il est évident que le ministère public ne s'est pas acquitté de ce fardeau et qu'il n'a même pas respecté les conditions moins exigeantes énoncées dans la jurisprudence antérieure.

En outre, la gravité de la violation de la *Charte* en l'espèce permet également de conclure que l'utilisation de la preuve déconsidérerait l'administration de la justice. Dans *Collins*, précité, à la p. 285, le juge Lamer cite les propos tenus par le juge Le Dain dans *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.

En l'espèce, il est clair que la violation était volontaire et flagrante. Il est également indéniable, comme nous l'avons vu précédemment, qu'il n'y avait aucune urgence. En fait, comme le souligne le juge en chef McEachern, la police a, à vrai dire, créé une situation d'urgence artificielle pour amener par la ruse l'accusé à accepter l'offre sans avoir d'abord consulté un avocat.

Quant au troisième volet du critère de l'arrêt *Collins*, je suis convaincu que l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice sera secondaire et beaucoup moins grave que les conséquences négatives qu'entraînerait l'utilisation de cette preuve inconstitutionnelle. Je me rends compte que l'appelant est accusé d'une infraction grave. Toutefois, comme il ressortira de ma façon de trancher la présente affaire, la décision d'accueillir le pourvoi entraî-

but the ordering of a new trial in which the accused will have to meet the lawful evidence adduced against him. All that is required is the holding of the constitutionally mandated fair trial that should have occurred in the first place, and would have occurred were it not for the misconduct of the law enforcement agents.

I also find the submission that the impugned evidence ought to be included since there is likely sufficient properly admissible evidence to convict the appellant to be unpersuasive. While it is undeniable that the Crown had a very strong case even without the impugned evidence, this Court has made it clear that the admission of self-incriminatory derivative evidence will generally affect the fairness of the trial and thereby bring the administration of justice into disrepute. In any event, I find the respondent's argument that the admission of the gun or the other derivative evidence did not play a central role in the trial to be irrelevant to s. 24(2). Although the effect of evidence at the trial may be relevant in a consideration of the third set of factors under *Collins* — namely the effects of excluding the evidence on the reputation of the administration of justice, no framework has been established by the jurisprudence to consider the effect of including the evidence. Nor should such a framework be presently created.

In the case at bar, the nature of the Crown's argument in this regard is that, since the impugned evidence is not extremely probative or decisive given the plethora of other clearly admissible evidence inculcating the appellant, this somehow diminishes the fact that it was obtained pursuant to an egregious constitutional violation. Taken one step further, this argument leads to the anomalous result that the Crown, while arguing strenuously that the impugned evidence should not be excluded, supports this claim by contending that

nera en bout de ligne non pas l'arrêt des procédures, mais la tenue d'un nouveau procès au cours duquel l'accusé devra réfuter la preuve légale qui pèse contre lui. Tout ce qui est nécessaire, c'est de tenir le procès équitable que prescrit la Constitution, qui aurait dû être tenu au départ et qui l'aurait effectivement été n'eût été l'inconduite des policiers.

J'estime également non convaincante la prétention que la preuve contestée devrait être admise puisqu'il existe probablement une preuve régulièrement admissible suffisante pour déclarer l'appellant coupable. Même s'il ne fait aucun doute que le ministère public possédait une preuve très solide même sans les éléments contestés, notre Cour a clairement précisé que l'admission d'une preuve dérivée auto-incriminante compromettra généralement l'équité du procès et déconsidérera donc l'administration de la justice. Quoi qu'il en soit, l'argument de l'intimé, selon lequel l'admission de l'arme à feu ou de l'autre preuve dérivée n'a pas joué un rôle crucial au procès, ne revêt, à mon avis, aucune importance relativement au par. 24(2). Bien que l'effet de la preuve au procès puisse être pertinent pour examiner le troisième groupe de facteurs énoncés dans *Collins*, soit les effets de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice, la jurisprudence n'a établi aucun cadre permettant d'examiner l'incidence de l'admission de la preuve. Il n'y a pas lieu non plus de créer un tel cadre actuellement.

En l'espèce, le ministère public fait valoir à cet égard que, puisque les éléments de preuve contestés ne sont pas extrêmement probants ni décisifs compte tenu de la pléthore d'autres éléments de preuve clairement admissibles qui incriminent l'appellant, cela atténue en quelque sorte le fait qu'ils ont été obtenus par suite d'une grave violation de la Constitution. Poussé un peu plus loin, cet argument conduit au résultat anormal suivant: tout en faisant valoir avec acharnement que les éléments de preuve contestés ne devraient pas être exclus, le ministère public justifie ce qu'il avance en soutenant qu'après tout les éléments de preuve

the evidence was, after all, not really that important in the context of the appellant's trial.

50 In response, I underscore that we should never lose sight of the fact that even a person accused of the most heinous crimes, and no matter the likelihood that he or she actually committed those crimes, is entitled to the full protection of the *Charter*. Short-cutting or short-circuiting those rights affects not only the accused, but also the entire reputation of the criminal justice system. It must be emphasized that the goals of preserving the integrity of the criminal justice system as well as promoting the decency of investigatory techniques are of fundamental importance in applying s. 24(2).

51 These goals operate independently of the type of crime for which the individual stands accused. I note that my colleague, L'Heureux-Dubé J., suggests that the fact that the crime for which appellant is charged (first degree murder) is the most serious in Canada militates in favour of including the unconstitutionally obtained evidence. This contradicts the pronouncement of this Court in *Collins* in which Lamer J. held at p. 286:

I hasten to add, however, that if the admission of the evidence would result in an unfair trial, the seriousness of the offence could not render that evidence admissible.

52 Given the seriousness of the *Charter* violations, I agree with McEachern C.J. that this is not a case where the curative effect of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* is appropriate since the admission of the unconstitutionally obtained evidence at trial amounted, in my mind, to a "substantial wrong" toward both the accused as well as the administration of justice: *Elshaw*, *supra*. After all, the improperly obtained evidence formed a critical component of the Crown's case and it cannot be said that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different were this evidence to have been properly excluded at trial: *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599. This is not a case that fits into the small exception mentioned in *Elshaw*, *supra*, at p. 46, where the curative provision could apply notwithstanding that evidence should have

en question n'étaient pas vraiment importants dans le contexte du procès de l'appelant.

En réponse, je souligne qu'il ne faut jamais perdre de vue que même la personne accusée du crime le plus ignoble, peu importe la probabilité qu'elle ait bel et bien commis ce crime, a droit à la pleine protection de la *Charte*. Couper court aux droits qui y sont garantis ou les court-circuiter nuit non seulement à l'accusé, mais aussi à toute la considération dont jouit le système de justice criminelle. Il faut souligner que les objectifs de protection de l'intégrité du système de justice criminelle et de promotion de l'honnêteté des techniques d'enquête sont d'importance fondamentale dans l'application du par. 24(2).

Ces objectifs s'appliquent indépendamment du genre de crime reproché à l'accusé. Je remarque que ma collègue le juge L'Heureux-Dubé laisse entendre que le fait que le crime que l'appelant est accusé d'avoir commis (meurtre au premier degré) soit le plus grave au Canada milite en faveur de l'inclusion de la preuve obtenue inconstitutionnellement. Cela contredit la décision de notre Cour dans l'affaire *Collins* où le juge Lamer conclut, à la p. 286:

Je m'empresse d'ajouter toutefois que, si l'utilisation de la preuve entraîne un procès inéquitable, la gravité de l'infraction ne peut rendre cette preuve admissible.

Étant donné la gravité des violations de la *Charte*, je conviens avec le juge en chef McEachern que nous ne sommes pas en présence d'un cas où l'action réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* est appropriée puisque à mon avis l'utilisation au procès de la preuve obtenue inconstitutionnellement a causé un «tort important» tant à l'accusé qu'à l'administration de la justice: *Elshaw*, précité. Après tout, la preuve irrégulièrement obtenue était un élément crucial de la preuve du ministère public, et on ne saurait dire qu'il n'est pas raisonnablement possible que le verdict eût été différent si cette preuve avait été régulièrement écartée au procès: *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599. La présente affaire ne tombe pas sous le coup de la petite exception mentionnée dans l'arrêt *Elshaw*, précité, à la p. 46, où la dispo-

been excluded under s. 24(2). Unlike in *R. v. Hodge* (1993), 133 N.B.R. (2d) 240, where the curative provision was applied because the evidence excluded under s. 24(2) could not have factored very significantly in the conviction of the accused, I find that there was a reasonable possibility that the impugned evidence in this case (a murder weapon and evidence that the accused took the police to find that weapon) could have weighed significantly in his conviction. The trial judge's instruction to the jury reproduced by L'Heureux-Dubé J. does not alter my view in this regard.

On a broader note, I am reluctant to open the door to the possibility that it shall become commonplace for an accused to prove a *Charter* breach sufficient to impugn the repute of the administration of justice and then have s. 686(1)(b)(iii) deny that person the opportunity to have a fair trial in which he or she shall face evidence obtained in a constitutional manner. Consideration should be given to limiting the *Elshaw* exception only to cases in which it can be shown beyond a reasonable doubt that the impugned evidence excluded under s. 24(2) in light of a *Charter* violation did not contribute at all to the original verdict. Focus is thus made on whether the unconstitutionally conscripted evidence in any way influenced the verdict. See David M. Tanovich, "Can the Improper Admission of Evidence Under the *Charter* Ever be Cured?" (1994), 32 C.R. (4th) 82.

I also note, in closing, that in *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476, this Court held that appellate courts should not retry cases to assess the worth of residual evidence after improperly adduced evidence has been extracted, given that appeal courts do not have the advantage of seeing the witnesses and were never intended to replace the triers of fact. It was noted in *John* that in cases where such situations arise, s. 686(1)(b)(iii) should not be invoked, but rather a new trial ought to be ordered. I find that, although the facts of *John* are

sition réparatrice pouvait s'appliquer malgré le fait que la preuve aurait dû être écartée en vertu du par. 24(2). Contrairement à l'arrêt *R. c. Hodge* (1993), 133 R.N.-B. (2^e) 240, où la disposition réparatrice a été appliquée parce que la preuve écartée en vertu du par. 24(2) n'aurait pas pu jouer un rôle très important dans la déclaration de culpabilité de l'accusé, j'estime qu'il est raisonnablement possible que la preuve attaquée en l'espèce (l'arme du crime et la preuve que l'accusé a indiqué à la police l'endroit où elle se trouvait) ait pesé lourd dans sa déclaration de culpabilité. Les directives du juge du procès au jury, reproduites par le juge L'Heureux-Dubé, ne changent rien à mon opinion à cet égard.

Plus généralement, j'hésite à ouvrir la porte à la possibilité qu'il devienne banal pour un accusé d'établir l'existence d'une violation de la *Charte* suffisante pour attaquer la considération dont jouit l'administration de la justice, pour ensuite voir le sous-al. 686(1)(b)(iii) nier à cette personne la possibilité de subir un procès équitable où elle devrait réfuter une preuve obtenue d'une manière constitutionnelle. On devrait songer à limiter l'exception énoncée dans *Elshaw* aux seuls cas où il peut être établi hors de tout doute raisonnable que la preuve contestée, écartée en application du par. 24(2) par suite d'une violation de la *Charte*, n'a d'aucune façon contribué au premier verdict. On s'attache ainsi à déterminer si la preuve qu'on a inconstitutionnellement obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même a de quelque façon influencé le verdict. Voir David M. Tanovich, «Can the Improper Admission of Evidence Under the *Charter* Ever be Cured?» (1994), 32 C.R. (4th) 82.

Je souligne aussi, en terminant, que, dans l'arrêt *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476, notre Cour a conclu que les tribunaux d'appel ne devraient pas juger de nouveau des affaires pour apprécier la valeur de la preuve qui subsiste une fois que la preuve produite irrégulièrement a été écartée, puisque les tribunaux d'appel n'ont pas l'avantage de voir les témoins et n'ont jamais été destinés à remplacer les juges des faits. On a souligné, dans l'arrêt *John*, que, lorsque pareille situation se présente, on devrait non pas invoquer le sous-al.

53

54

different from those in the case at bar, the conclusions of law proposed by Estey and Lamer JJ. in that case are apposite to the present analysis.

55 Consequently, a new trial should be ordered in which the impugned evidence will not be admitted, namely: (1) the Hall testimony regarding the appellant's recounting of the events of the night of January 4, 1985; (2) evidence that police divers had found the gun in the river; (3) the Biddlecome and Lewis testimony identifying the murder weapon at trial; and (4) the gun itself. I add that, as was found at trial, the appellant's confession as well as his gestures and directions to the police with regard to the location of the gun are equally inadmissible. The Crown, if it chooses, can properly introduce the rest of the evidence it has adduced against the accused, including, as noted by McEachern C.J., the evidence of Biddlecome and Lewis that the accused had possession of a sawed off .410 shotgun shortly before the disappearance of Ms. Worms as well as Hall's testimony that the accused had told her he was actually present when Biddlecome had beaten and killed Ms. Worms.

56 Since preparing the above, I have had the benefit of reading the reasons of Sopinka J. regarding the manner in which the Court has been applying s. 24(2) of the *Charter* since the *Collins* decision. I concur with his reasons.

C. Conclusion

57 I would allow the appeal, set aside the judgment of the British Columbia Court of Appeal, and, in lieu thereof, would order a new trial to be held consistent with these reasons.

The following are the reasons delivered by

58 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting in part) — I have read the reasons of my colleague Justice

686(1)b)(iii), mais plutôt ordonner la tenue d'un nouveau procès. À mon avis, bien que les faits de l'arrêt *John* soient différents de ceux de l'espèce, les conclusions de droit tirées par les juges Estey et Lamer dans cette affaire sont pertinentes quant à la présente analyse.

En conséquence, il y a lieu d'ordonner un nouveau procès au cours duquel les éléments de preuve contestés ne seront pas admis, à savoir (1) le témoignage de Hall concernant le récit que l'appelant lui a fait des événements de la nuit du 4 janvier 1985, (2) la preuve que les plongeurs de la police ont découvert l'arme à feu dans la rivière, (3) les témoignages de Biddlecome et de Lewis identifiant l'arme du crime au procès, et (4) l'arme elle-même. J'ajoute que, comme on l'a conclu lors du procès, la confession de l'appelant de même que ses signes et ses directives à la police relativement à l'endroit où se trouvait l'arme à feu sont également inadmissibles. S'il le souhaite, le ministre public pourra produire régulièrement le reste des éléments de preuve qu'il a présentés contre l'accusé, dont, comme l'a indiqué le juge en chef McEachern, le témoignage de Biddlecome et de Lewis selon lequel l'accusé était en possession d'un fusil de chasse tronçonné de calibre .410 peu avant la disparition de M^{me} Worms, ainsi que le témoignage de Hall voulant que l'accusé lui ait dit qu'il était réellement présent lorsque Biddlecome a battu et tué M^{me} Worms.

Depuis que j'ai rédigé ce qui précède, j'ai pris connaissance des motifs du juge Sopinka concernant la manière dont la Cour applique le par. 24(2) de la *Charte* depuis que l'arrêt *Collins* a été rendu. Je souscris à ses motifs.

C. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et, à sa place, d'ordonner la tenue d'un nouveau procès conformément aux présents motifs.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente en partie) — J'ai lu les motifs de mon collègue le juge

Iacobucci and I agree with him that the accused's rights under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were clearly violated in the case at bar. I must respectfully disagree, however, with his proposed remedy under s. 24(2) of the *Charter*. In particular, I do not believe that the administration of justice would be brought into disrepute by the admission of the voluntary statements by the accused to his girlfriend or, under these unusual circumstances, by the admission of the murder weapon. At the outset, it is necessary to elaborate somewhat on the circumstances under which these two impugned pieces of evidence became available to the police, as well as the circumstances under which they were admitted at trial.

I. Facts and Judgments

In October 16, 1984, 20-year-old Denean Worms was found dead in a gravel pit in Cranbrook, B.C. She was naked, and had been shot twice in the head at contact range by a .410 shotgun. Semen was found in her vagina. On December 30, 1984, also in Cranbrook, 16-year-old Brenda Hughes was found dead in her family house, murdered in a virtually identical manner. Terrence Burlingham was arrested on January 1, 1985 in connection with the murder of Hughes. He confessed that same day to the killing of Hughes and took the police to his parents' home where a sawed-off shotgun and some pellet shells were found. On the basis of the factual similarities between the murders of Worms and Hughes, the officers were convinced that the appellant was also responsible for the earlier death of Worms. Accordingly, they continued their interrogation of the appellant.

Following a lengthy and manipulative interrogation of the accused, during which he repeatedly denied any involvement in the Worms murder, the police consulted on Friday, January 4 with Crown counsel, who authorized them to offer a "deal" to the accused. The Crown authorized the officers to say that the Crown would accept a guilty plea to a second degree murder charge in relation to the Worms murder if the appellant cooperated by pro-

Iacobucci et, comme lui, j'estime que les droits garantis à l'accusé par l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont été clairement violés en l'espèce. En toute déférence, je ne puis, en revanche, souscrire à la réparation qu'il propose d'accorder en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. En particulier, je ne crois pas que l'admission des déclarations volontaires de l'accusé à son amie ni, dans ces circonstances exceptionnelles, que l'admission de l'arme du crime, soient susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice. Il y a lieu, au départ, d'apporter quelques précisions sur les circonstances dans lesquelles la police a obtenu ces deux éléments de preuve contestés, et sur les circonstances dans lesquelles ils ont été admis au procès.

I. Les faits et les jugements

Le 16 octobre 1984, Denean Worms, âgée de 20 ans, a été retrouvée morte dans une carrière de gravier à Cranbrook (C.-B.). Elle était nue et avait été tirée à la tête à deux reprises, à bout portant, avec un fusil de calibre .410. Du sperme a été décelé dans son vagin. Le 30 décembre 1984, également à Cranbrook, Brenda Hughes, âgée de 16 ans, a été retrouvée morte dans la résidence familiale et elle avait été assassinée de façon quasi identique. Terrence Burlingham a été arrêté le 1^{er} janvier 1985 relativement au meurtre de Hughes. Il a avoué, le même jour, avoir tué Hughes et a conduit la police à la résidence de ses parents où furent trouvés un fusil de chasse tronçonné et quelques cartouches. L'existence de similarités factuelles entre le meurtre de Worms et celui de Hughes a convaincu les policiers que l'appelant était également responsable de la mort de Worms survenue plus tôt. Ils ont donc poursuivi leur interrogatoire de l'appelant.

Le vendredi 4 janvier, au terme d'un long interrogatoire manipulateur au cours duquel l'accusé a nié, à maintes reprises, toute participation au meurtre de Worms, les policiers se sont entretenus le vendredi 4 janvier avec le substitut du procureur général qui leur a permis de faire une offre à l'accusé. Le substitut du procureur général a autorisé les policiers à expliquer à l'appelant que le ministère public accepterait un plaidoyer de culpabilité à

59

60

viding them with information about the Worms murder, including the location of the weapon used. The officers, however, misled the appellant by indicating to him that if he cooperated, he would be charged with second degree murder. The accused continued to resist and to insist that he wished to speak to his lawyer. The officers repeatedly denigrated his lawyer and persevered in trying to convince him to accept the "deal", emphasizing that the deal was only open for the weekend. Finally, the accused called another lawyer, and asked that lawyer if he would act for him at trial. The lawyer assented and advised him not to say anything to the police. Immediately thereafter, however, the appellant took the two investigating officers to a bridge on the Kootenay River and pointed out where he had thrown the .410 shotgun that had been used to kill Worms. Later, he made several inculpatory statements and then drove with them to the gravel pit and pointed out the spot where he had shot his victim, as well as the location where he had hidden her body.

61 A day later, a .410 sawed-off shotgun was recovered from the river at the place which the appellant had indicated to police. That same day, the appellant volunteered to his girlfriend, Judy Hall, that he had shown police the location of the gun. In addition, in a visit approximately two months later, in the early spring of 1985, he told Hall that he had been present during the killing, but that it was his friend, Biddlecome, who had beaten and killed Worms. This story, however, was at least partly false because there was no physical evidence that Worms had been beaten.

62 At trial for the murder of Worms, notwithstanding that the appellant had delivered on his side of the "deal", the Crown nonetheless proceeded with a first degree murder charge. Although the trial judge did not find the authorities' failure to keep their side of the "deal" to amount to an abuse of process, he concluded that the police conduct constituted a serious violation of s. 10(b) of the *Char-*

une accusation de meurtre au deuxième degré, relativement au meurtre de Worms, s'il collaborait en leur fournissant des renseignements sur ce meurtre, notamment quant à l'endroit où se trouvait l'arme du crime. Les policiers ont toutefois induit l'appellant en erreur en lui indiquant que s'il collaborait, il serait inculpé de meurtre au deuxième degré. L'accusé a continué à résister et à répéter qu'il souhaitait consulter son avocat. À maintes reprises, les policiers ont dénigré son avocat et continué de tenter de convaincre l'accusé d'accepter le «marché», en soulignant que leur offre ne tiendrait que pour le week-end. L'accusé a finalement appelé un autre avocat et lui a demandé de le représenter à son procès. L'avocat a accepté et lui a conseillé de ne rien dire à la police. Immédiatement après, toutefois, l'appellant a conduit les deux enquêteurs à un pont sur la rivière Kootenay et leur a indiqué l'endroit où il avait jeté le fusil de calibre .410 dont il s'était servi pour tuer Worms. Plus tard, il a fait plusieurs déclarations incriminantes, puis s'est rendu en voiture avec les policiers à la carrière de gravier et leur a indiqué l'endroit où il avait tiré sa victime et où il avait caché son corps.

Le lendemain, un fusil de chasse tronçonné de calibre .410 était retiré des eaux de la rivière, à l'endroit que l'appellant avait indiqué à la police. Le même jour, l'appellant a déclaré volontairement à son amie Judy Hall qu'il avait montré à la police l'endroit où se trouvait l'arme à feu. De plus, lors d'une visite effectuée environ deux mois plus tard, tôt au printemps 1985, il a raconté à Hall qu'il était présent lors du meurtre, mais que c'était son ami, Biddlecome, qui avait battu et tué Worms. Cependant ce récit était, à tout le moins, faux en partie puisqu'il n'y avait aucune preuve matérielle que Worms avait été battue.

Au procès pour le meurtre de Worms, bien que l'appellant ait respecté sa part du marché, le ministère public a néanmoins déposé une accusation de meurtre au premier degré. Quoiqu'il n'ait pas conclu que l'omission des autorités de respecter leur part du marché constituait un abus de procédure, le juge du procès a décidé que la conduite de la police constituait une violation grave de l'al. 10b)

ter. I agree with my colleague's affirmation of this finding, as well as with his conclusion that s. 10(b) mandates that the Crown or police, when offering a plea bargain, must tender that offer either to the accused's counsel or to the accused while in the presence of his or her counsel, unless the accused has expressly waived the right to counsel.

As a result of finding the s. 10(b) violation, the trial judge excluded all of the accused's inculpatory statements to police, as well as the evidence that the accused had pointed the police to the murder weapon and to the site of the murder. Had this been the end of the story, then it follows that the Crown would not have been able to introduce into evidence the actual gun, or the evidence of Lewis' and Biddlecome's identifying that gun, unless the Crown were able to point to a sufficient nexus between the accused and the gun that would have made the gun relevant to the trial. Without such a nexus, the gun would just be a gun found in a river, and would not be probative of any material issue at trial. Unfortunately for the appellant, however, the story does not end here. Instead, the day after cooperating with the police, he volunteered to his girlfriend, Judy Hall, that he had indicated the location of the gun to the police. In a *voir dire*, the trial judge found this statement to be admissible at trial, and consequently found the fact of the finding of the gun, as well as the gun itself, to be admissible into evidence on the basis of that statement.

The appellant appealed to the British Columbia Court of Appeal on numerous grounds, including the correctness of the trial judge's ruling as to abuse of process, the admission into evidence of the accused's voluntary statement on January 5 to Hall, as well as the admission into evidence of the finding of the gun and the gun itself. Southin and Cumming J.J.A. dismissed the appellant's appeal. McEachern C.J., in dissent, would have excluded all of the derivative evidence flowing from the s. 10(b) violation on the basis that its admission

de la *Charte*. Comme mon collègue, je souscris à cette conclusion et je souscris également à sa conclusion que l'al. 10b) exige que lorsque le ministère public ou la police offrent de négocier un plaidoyer, cette offre soit présentée à l'avocat de l'accusé ou à l'accusé lui-même en la présence de son avocat, à moins que l'accusé n'ait expressément renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat.

Étant donné qu'il avait conclu à la violation de l'al. 10b), le juge du procès a écarté toutes les déclarations incriminantes de l'accusé à la police, ainsi que la preuve qu'il avait indiqué à la police l'endroit où se trouvait l'arme du crime et où le meurtre avait été commis. Si le tout s'était arrêté là, le ministère public n'aurait donc pu produire en preuve ni l'arme à feu elle-même ni les témoignages de Lewis et de Biddlecome identifiant cette arme, à moins qu'il n'ait pu établir qu'il existait, entre l'accusé et celle-ci, un lien suffisant pour la rendre pertinente relativement au procès. Sans un tel lien, l'arme à feu ne serait qu'une arme découverte dans une rivière et n'aurait aucune valeur probante relativement à quelque fait important au procès. Toutefois, malheureusement pour l'appellant, l'histoire ne s'arrête pas là. En effet, le lendemain de sa collaboration avec la police, l'accusé a déclaré spontanément à son amie, Judy Hall, qu'il avait indiqué à la police l'endroit où était cachée l'arme à feu. À la suite d'un voir-dire, le juge du procès a jugé cette déclaration admissible et a donc conclu que le fait que l'arme à feu avait été trouvée et l'arme à feu elle-même étaient recevables en preuve en raison de cette déclaration.

L'appelant a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en invoquant de nombreux moyens, dont la justesse de la décision du juge du procès quant à l'abus de procédure et l'admission en preuve de la déclaration volontaire faite par l'accusé Hall le 5 janvier, de la découverte de l'arme à feu et de l'arme à feu elle-même. Les juges Southin et Cumming ont rejeté l'appel de l'appellant. Le juge en chef McEachern, dissident, aurait écarté tous les éléments de preuve dérivée obtenus par suite de la violation de l'al. 10b)

63

64

would bring the administration of justice into disrepute.

II. Analysis

65 My colleague would favour excluding this evidence under s. 24(2) on the basis that “but for” the s. 10(b) violation, the police clearly would not have found the murder weapon. He further concludes that the statement to Hall, though voluntary and not to a person in authority, and though not necessarily “caused” directly by the *Charter* breach, must nonetheless also be excluded under s. 24(2) because it was proximately connected to the *Charter* breach. With respect, I disagree. In order to explain the basis for my disagreement, however, it is necessary to re-examine the language, spirit and purpose of s. 24(2) of the *Charter*, as well as the approach to that section as originally set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and elaborated upon in subsequent jurisprudence.

1. *Section 24(2) of the Charter*

66 Section 24 of the *Charter* reads:

24.(1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(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.

Many, if not most, judicial guidelines to the purpose and interpretation of s. 24(2) of the *Charter*, and in particular the meaning of the phrase “bring the administration of justice into disrepute”, originate in this Court’s decision in *Collins*. It is to that decision that I therefore turn in order to revisit the first principles that underlie this section of our *Charter*, and to question whether the course that

pour le motif que leur utilisation était susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

II. Analyse

Mon collègue préférerait écarter ces éléments de preuve en vertu du par. 24(2) pour le motif que, «n’eût été» la violation de l’al. 10b), la police n’aurait certainement pas découvert l’arme du crime. Il conclut en outre que, bien qu’elle soit volontaire, qu’elle n’ait pas été faite à une personne en autorité et qu’elle n’ait pas nécessairement été «causée» directement par la violation de la *Charte*, la déclaration à Hall doit néanmoins être écartée en vertu du par. 24(2) du fait qu’elle est liée étroitement à la violation de la *Charte*. En toute déférence, je ne partage pas cet avis. Afin d’expliquer la raison fondamentale de mon désaccord, il m’est nécessaire d’examiner à nouveau le texte, l’esprit et l’objet du par. 24(2) de la *Charte*, de même que la façon d’aborder cette disposition énoncée, pour la première fois, dans l’arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et explicitée dans la jurisprudence subséquente.

1. *Le paragraphe 24(2) de la Charte*

L’article 24 de la *Charte*:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s’adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(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.

Un grand nombre de directives judiciaires, voire la plupart d’entre elles, qui portent sur l’objet et l’interprétation du par. 24(2) de la *Charte* et, en particulier, sur le sens de la phrase «déconsidérer l’administration de la justice», tirent leur origine de l’arrêt de notre Cour *Collins*. C’est donc vers cet arrêt que je me tourne pour revoir les principes de base qui sous-tendent cette disposition de notre

this Court has since steered in subsequent jurisprudence remains true to the language, spirit and purpose of s. 24(2).

(i) The First Principles of section 24(2) Set Down in *R. v. Collins*

In *Collins*, a police officer approached a suspect in a pub and seized her in a “throat hold” used to prevent individuals from swallowing drugs. At the same time, he directed her to let go of an object in her hand which turned out to be a balloon carrying heroin. Although the trial judge found that the officer did not have the requisite reasonable and probable grounds for the search, the evidence was nonetheless admitted under s. 24(2) and the accused was convicted. This Court found the trial judge’s determination on the reasonableness of the search to be defective because the evidential basis for the officer’s suspicion was not admitted as a result of a spurious objection by defence counsel. Lamer J. (as he then was), for the majority, then went on to examine whether the evidence should have been excluded under s. 24(2).

Lamer J. began his analysis of s. 24(2) by expressing general agreement, at p. 275, with the following principles governing the interpretation of s. 24(2), as summarized by Seaton J.A. in the British Columbia Court of Appeal:

- It is not open to the courts in Canada to exclude evidence to discipline the police, but only to avoid having the administration of justice brought into disrepute.
- It is the admission, not the obtaining, that is the focus of the attention under our s. 24(2), though the manner of obtaining the evidence is obviously one of the circumstances.
- Evidence improperly obtained is *prima facie* admissible. The onus is on the person who wishes the evidence excluded to establish the further ingredient: that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Charte, et pour déterminer si la direction prise, depuis lors, par la jurisprudence subséquente de notre Cour demeure fidèle au texte, à l’esprit et à l’objet du par. 24(2).

(i) Les principes de base du par. 24(2) énoncés dans *R. c. Collins*

Dans l’arrêt *Collins*, un policier s’est approché d’une cliente suspecte dans un débit de boissons et l’a saisie au moyen d’une «prise à la gorge» qui sert à empêcher d’avaler des stupéfiants. En même temps, il lui a ordonné de lâcher un objet qu’elle tenait dans sa main et qui s’est révélé être un ballon contenant de l’héroïne. Même si le juge du procès a conclu que le policier n’avait pas les motifs raisonnables et probables requis pour effectuer la fouille, la preuve a néanmoins été admise en vertu du par. 24(2) et l’accusée a été déclarée coupable. Notre Cour a conclu que la décision du juge du procès sur le caractère raisonnable de la fouille était erronée parce que les éléments à l’origine des soupçons du policier n’avaient pas été admis en preuve par suite d’une objection fallacieuse de l’avocat de la défense. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) s’est ensuite demandé, au nom de la majorité, si la preuve aurait dû être écartée en vertu du par. 24(2).

Le juge Lamer a entrepris son analyse du par. 24(2) en exprimant, à la p. 275, son adhésion générale aux principes suivants qui régissent l’interprétation du par. 24(2), tels qu’ils ont été résumés par le juge Seaton de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique:

- Il n’appartient pas aux tribunaux canadiens d’écartier des éléments de preuve en guise de mesure disciplinaire contre la police, mais seulement pour éviter que l’administration de la justice ne soit déconsidérée.
- Notre par. 24(2) vise l’utilisation des éléments de preuve et non pas leur obtention, bien que la manière dont ils sont obtenus puisse évidemment constituer l’une des circonstances pertinentes.
- Des éléments de preuve obtenus irrégulièrement sont *prima facie* admissibles. C’est à celui qui désire faire écartier un élément de preuve qu’il incombe d’établir l’existence de l’élément supplémentaire: savoir que l’utilisation de cet élément de preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

67

68

- Section 24(2) does not confer a discretion on the judge but a duty to admit or exclude as a result of his finding.

In what most would agree is the quintessential pronouncement on s. 24(2), Lamer J. then gave form and substance to several of these principles, at pp. 280-81:

Misconduct by the police in the investigatory process often has some effect on the repute of the administration of justice, but s. 24(2) is not a remedy for police misconduct, requiring the exclusion of the evidence if, because of this misconduct, the administration of justice was brought into disrepute. Section 24(2) could well have been drafted in that way, but it was not. Rather, the drafters of the *Charter* decided to focus on the admission of the evidence in the proceedings, and the purpose of s. 24(2) is to prevent having the administration of justice brought into further disrepute [emphasis in original] by the admission of the evidence in the proceedings. This further disrepute will result from the admission of evidence that would deprive the accused of a fair hearing, or from judicial condonation of unacceptable conduct by the investigatory and prosecutorial agencies. It will also be necessary to consider any disrepute that may result from the exclusion of the evidence. It would be inconsistent with the purpose of s. 24(2) to exclude evidence if its exclusion would bring the administration of justice into greater disrepute than would its admission. Finally, it must be emphasized that even though the inquiry under s. 24(2) will necessarily focus on the specific prosecution, it is the long-term consequences of regular admission or exclusion of this type of evidence on the repute of the administration of justice which must be considered. . . . [Emphasis added.]

This passage expanded upon what was meant by the phrase “bring the administration of justice into disrepute”. More importantly, these remarks laid the rationale upon which Lamer J. discussed the three categories of factors that are relevant to determinations under s. 24(2) of the *Charter*. His concerns over the use of evidence that would deprive the accused of a fair hearing manifested themselves in the first category: “factors touching upon the fairness of the trial”. His concerns over the judicial condonation of unacceptable conduct

- Le paragraphe 24(2) ne confère pas au juge un pouvoir discrétionnaire, mais lui impose d'admettre ou d'écarter des éléments de preuve selon ce qu'il conclut.

Dans ce qu'on s'accorde généralement à considérer l'énoncé par excellence sur le par. 24(2), le juge Lamer donne ensuite forme et substance à plusieurs de ces principes, aux pp. 280 et 281:

La conduite inacceptable de la police au cours de l'enquête a souvent un effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice, mais le par. 24(2) n'offre pas une réparation à l'égard de la conduite inacceptable de la police en imposant l'exclusion de la preuve si, à cause de cette conduite, l'administration de la justice était déconsidérée. Le paragraphe 24(2) aurait pu être rédigé en ces termes, mais ce n'est pas le cas. Les rédacteurs de la *Charte* ont par contre décidé de s'attaquer à l'utilisation de la preuve dans l'instance et le but du par. 24(2) est d'empêcher que cette utilisation ne déconsidère encore plus [souligné dans l'original] l'administration de la justice. Cette déconsidération additionnelle découlera de l'utilisation des éléments de preuve qui priveraient l'accusé d'un procès équitable ou de l'absolution judiciaire d'une conduite inacceptable de la part des organismes enquêteurs ou de la poursuite. Il faudra également tenir compte de la déconsidération qui peut provenir de l'exclusion des éléments de preuve. Il serait incompatible avec l'objectif du par. 24(2) d'écarter des éléments de preuve si leur exclusion déconsidère plus l'administration de la justice que ne le ferait leur utilisation. Enfin, il faut souligner que même si l'analyse en vertu du par. 24(2) sera nécessairement axée sur le cas particulier, il faut considérer les conséquences à long terme de l'utilisation ou de l'exclusion régulière de ce genre de preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. . . . [Je souligne.]

Ce passage traitait du sens de l'expression «déconsidérer l'administration de la justice». Qui plus est, ces remarques constituaient le raisonnement sur lequel il a fondé son analyse des trois catégories de facteurs pertinents quant aux décisions rendues en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Ses préoccupations quant à l'utilisation d'une preuve qui priverait l'accusé d'un procès équitable se sont manifestées dans la première catégorie: «les facteurs qui touchent à l'équité du procès». Ses préoccupations relatives à la tolérance judiciaire d'une conduite

found expression through the second category: "factors touching upon the seriousness of the violation". Finally, his concerns over remaining true to the underlying purpose of s. 24(2) of the *Charter* found form in the third category: "factors governing the effect of excluding the evidence".

Lamer J. then noted that the fairness of trials is both a constitutionally protected right and a major source of repute of the judicial system. He therefore concluded that where the admission of the evidence would result in an unfair trial, then the admission of the evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute. In my view, this conclusion, as well as the three categories of factors outlined in *Collins*, is completely consistent with s. 24(2)'s purpose of maintaining the integrity of the judicial system.

Another significant aspect of the approach set out in *Collins*, was the fact that the threshold for exclusion under s. 24(2) was intentionally set lower than the pre-*Charter* "community shock test" set out in *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640. Although Lamer J. justified this lower threshold in part on the fact that violations of the Constitution should be subject to greater scrutiny than "dirty tricks" under the common law, he expounded in some detail upon a second rationale which bears recalling. Namely, he observed that while both the English text of s. 24(2) and the language used by this Court in *Rothman* use the words "would bring the administration of justice into disrepute", the French version of s. 24(2) provides that evidence shall be excluded that "could bring the administration of justice into disrepute". He then chose the French text as the version that was more suited to protecting the right of the accused to a fair trial. Consequently, the origins of the *Collins* test, as well as the availability of a remedy in s. 24(2), is actually tied to the French text rather than to the English text. Evidence shall be excluded under s. 24(2) whenever its admission could bring the administration of justice into disrepute. I will return to this matter later, for it is significant when considering the interaction between s. 24(2) of the *Charter* and the curative proviso in

inacceptable ont été exprimées dans la seconde catégorie: «les facteurs qui touchent à la gravité de la violation». Enfin, ses préoccupations concernant la fidélité à l'objectif qui sous-tend le par. 24(2) de la *Charte* ont pris forme dans la troisième catégorie: «les facteurs qui se rapportent à l'effet de l'exclusion de la preuve».

Le juge Lamer a ensuite fait remarquer que l'équité des procès est un droit protégé par la Constitution et une source majeure de considération pour le système judiciaire. Il a donc conclu que l'utilisation d'un élément de preuve qui rendrait le procès inéquitable tendrait à déconsidérer l'administration de la justice. À mon avis, cette conclusion, ainsi que les trois catégories de facteurs exposées dans l'arrêt *Collins*, est tout à fait compatible avec l'objet du par. 24(2) qui est de préserver l'intégrité du système judiciaire.

Autre aspect important de la méthode exposée dans l'arrêt *Collins*, le seuil d'exclusion sous le régime du par. 24(2) a intentionnellement été fixé plus bas que dans le cas du «critère de la conduite qui choque la collectivité» énoncé, avant l'avènement de la *Charte*, dans l'arrêt *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640. Même si le juge Lamer a justifié ce seuil plus bas en partie par le fait que des violations de la Constitution devraient être soumises à une analyse plus serrée que les «artifices répréhensibles» en common law, il a également expliqué de façon assez détaillée un second raisonnement digne d'être rappelé. Il a fait observer notamment que, même si le texte anglais du par. 24(2) et la formulation employée par notre Cour dans l'arrêt *Rothman* utilisent tous deux l'expression «would bring the administration of justice into disrepute», le texte français du par. 24(2) prévoit qu'une preuve est écartée si elle «est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice». Il a alors décidé que c'était la version française qui était le mieux à même de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. Ainsi, les origines du test de l'arrêt *Collins*, de même que la possibilité d'obtenir une réparation au par. 24(2), sont véritablement liées au texte français plutôt qu'au texte anglais. Aux termes du par. 24(2), les éléments de preuve doivent être écartés si leur utilisation est

69

70

s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

71 Most significant of all, however, Lamer J. drew upon (at p. 282) Professor Yves-Marie Morissette's influential article "The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What to Do and What Not to Do" (1984), 29 *McGill L.J.* 521, to characterize the determination that lies at the heart of s. 24(2):

"Would the admission of the evidence bring the administration of justice into disrepute in the eyes of the reasonable man, dispassionate and fully apprised of the circumstances of the case?" The reasonable person is usually the average person in the community, but only when that community's current mood is reasonable.

It is manifestly clear that s. 24(2) was not to be apprised according to the views of the reasonable lawyer, but simply according to the reasonable person, so long as he was "dispassionate and fully informed of the circumstances". This standard sets the ideal towards which all applications of s. 24(2) must strive.

72 The remedial role of s. 24(2) is very different from the rights and freedoms set down elsewhere in the *Charter*. The *Charter* imposes upon Canadian courts the duty to preserve and protect the rights of the individual as guaranteed in the *Charter*. These rights find their most unequivocal vindication through s. 24(1) of the *Charter* and s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Notably, however, our Constitution addresses the exclusion of evidence with particularity, and entrenches in s. 24(2) a quintessentially Canadian compromise. Section 24(2) confers directly upon courts the responsibility to preserve and protect the integrity and repute of the judicial system. The vindication of rights, though important, is ultimately only one factor to be considered in a more complex constitutional equation. Though there will be many occasions when the courts' duties under s. 24(2) complement

susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Je reviendrai sur ce point ultérieurement, puisqu'il revêt de l'importance dans l'analyse de l'interaction entre le par. 24(2) de la *Charte* et la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Ce qui importe le plus, toutefois, c'est que le juge Lamer s'est inspiré de l'article influent du professeur Yves-Marie Morissette, intitulé «The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What to Do and What Not to Do» (1984), 29 *R.D. McGill* 521, pour qualifier la décision qui est au cœur du par. 24(2) (à la p. 282):

[TRADUCTION] «L'utilisation des éléments de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux de l'homme raisonnable, objectif et bien informé de toutes les circonstances de l'affaire?» La personne raisonnable est habituellement la personne moyenne dans la société, mais uniquement lorsque l'humeur courante de la société est raisonnable.

De toute évidence, il ne fallait pas apprécier le par. 24(2) à l'aune des opinions de l'avocat raisonnable, mais simplement avec les yeux de la personne raisonnable, pour autant que celle-ci soit «objective et bien informée de toutes les circonstances». Cette norme fixe un idéal auquel toutes les applications du par. 24(2) doivent aspirer.

Le rôle réparateur que joue le par. 24(2) est fort différent des droits et libertés énoncés ailleurs dans la *Charte*. Cette dernière impose aux tribunaux canadiens le devoir de maintenir et de protéger les droits de la personne qui sont garantis par la *Charte*. Ces droits trouvent leur protection la plus explicite au par. 24(1) de la *Charte* et au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il est remarquable, toutefois, que notre Constitution aborde d'une manière particulière l'exclusion des éléments de preuve et consacre, au par. 24(2), un compromis purement canadien. Le paragraphe 24(2) confie directement aux tribunaux la tâche de maintenir et de protéger l'intégrité du système judiciaire et la considération dont il jouit. La défense des droits, toute importante qu'elle soit, n'est finalement que l'un des facteurs dont il faut tenir compte dans une équation constitutionnelle

the courts' responsibility to give the fullest possible effect to the individual rights and freedoms guaranteed under the *Charter*, there may be other occasions when these two duties conflict. On those occasions, s. 24(2) makes it clear that the courts' primary concern must lie in maintaining the integrity and legitimacy of the judicial system in the eyes of the Canadian community, assuming that community to be reasonable, dispassionate, and fully apprised of the circumstances. Section 24(2) serves to ensure that, in the application and enforcement of our laws, our constitutional values neither run too far ahead nor lag too far behind our basic values as a society. One of its purposes is therefore to ensure that the institution charged with upholding those fundamental values does not lose legitimacy in the eyes of those whose values it is entrusted to protect.

Given the role of s. 24(2) of the *Charter*, it is just as important that we remain faithful to the spirit and purpose of this remedial provision as it is to remain consistent with the purpose of the individual rights and freedoms guaranteed within the *Charter*. Although the balance can sometimes be a difficult one, it is not one which the court can avoid. Academic commentary such as that of Professor David M. Paciocco, in "The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule" (1990), 32 *Crim. L.Q.* 326, at pp. 341-43, suggests that this Court's evolving jurisprudence on s. 24(2) has failed to effect this balance, and has therefore been unfaithful to its constitutional mandate under that section:

As a matter of construction, s. 24(2) decidedly focuses on the . . . imperative of judicial integrity, the maintenance of popular trust in the judicial branch of government. The phrase states that the concern is with whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into *disrepute*. Disrepute has to do with reputation and reputation has to do with what others think of you, not with what standards you would like to emulate. If one was to boil all of this down into simple terms and to appreciate it in its historical context, one would be driven to conclude that the framers of the Charter were attempting to fashion a cautious exclusionary rule where evidence would be refused only in rela-

plus complexe. Bien qu'il arrivera fréquemment que le devoir des tribunaux, sous le régime du par. 24(2), complète celui qui leur incombe de donner effet de la façon la plus efficace possible aux droits et libertés que la *Charte* garantit à une personne, il peut également arriver que ces deux devoirs entrent en conflit. Le cas échéant, le par. 24(2) précise clairement que les tribunaux doivent d'abord s'efforcer de maintenir l'intégrité et la légitimité du système judiciaire aux yeux de la collectivité canadienne, pour autant que celle-ci soit raisonnable, objective et bien informée de toutes les circonstances. Le paragraphe 24(2) sert à assurer que, dans l'application de nos lois, il n'y ait pas un trop grand décalage entre nos valeurs constitutionnelles et nos valeurs fondamentales comme société. Il a donc notamment pour objectif de garantir que l'institution chargée de faire respecter ces valeurs fondamentales ne perde pas sa légitimité aux yeux de ceux dont elle a la tâche de protéger les valeurs.

Étant donné le rôle du par. 24(2) de la *Charte*, il est tout aussi important de demeurer fidèle à l'esprit et à l'objet de cette disposition réparatrice qu'il l'est de se conformer à l'objet des droits et libertés de la personne garantis par la *Charte*. Bien que l'équilibre puisse parfois être laborieux, la cour ne peut s'y dérober. Les propos d'auteurs comme le professeur David M. Paciocco dans «The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule» (1990), 32 *Crim. L.Q.* 326, aux pp. 341 à 343, suggèrent que l'évolution de la jurisprudence de notre Cour sur le par. 24(2) n'a pas permis de réaliser cet équilibre, et que la Cour n'a pas respecté son mandat constitutionnel sous le régime de cette disposition:

[TRADUCTION] Sur le plan de l'interprétation, le par. 24(2) est incontestablement axé sur [. . .] l'impératif de l'intégrité judiciaire, le maintien de la confiance populaire dans le pouvoir judiciaire. Aux termes de ce paragraphe, la question est de savoir si l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de *déconsidérer* l'administration de la justice. Le verbe «déconsidérer» a trait à la réputation qui elle-même se rapporte à ce que les gens pensent de vous, et non aux normes dont vous souhaiteriez être l'émule. Si on résumait tout cela en des termes simples et si on le situait dans son contexte historique, on serait porté à conclure que les rédacteurs de la Charte ont tenté de concevoir une règle d'exclusion

tively extreme cases; after all, there were no signs at the time that s. 24(2) was drafted that the administration of justice was suffering disrepute as a result of a long-standing position that the method of obtainment was irrelevant to the admissibility of probative evidence.

Despite this, the Supreme Court of Canada has fashioned what has proved, in at least a wide spectrum of cases, to be an extremely aggressive exclusionary remedy. It set the stage for doing so by leaving the partially implicit but unmistakable message that s. 24(2) should be understood as though it was intended to preserve judicial integrity, regardless of the impact of exclusion on the reputation of the judicial branch.

...

In essence, all of this means that judges in applying s. 24(2) of the Charter have a luxury that is not available elsewhere; they themselves get to define what conduct of theirs will bring them into disrepute. In so holding the court has done more than a little violence to the concept of disrepute. [Emphasis by underlining added.]

74

I note, as well, the findings of carefully conducted surveys which suggest that, although the Canadian public shares this Court's views as to what factors are important in the exclusion of evidence under s. 24(2), there is a material gap between public opinion and this Court regarding how those factors would be applied: see A. W. Bryant, M. Gold, H. M. Stevenson and D. Northrup, "Public Attitudes Toward the Exclusion of Evidence: Section 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 1, and "Public Support for the Exclusion of Unconstitutionally Obtained Evidence" (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 555. On one hand, I am in basic agreement with the concern expressed in *Collins*, at p. 282, that "[t]he Charter is designed to protect the accused from the majority, so the enforcement of the Charter must not be left to that majority". I am also sensitive to the fact that public opinion surveys, no matter how carefully culled, are rarely without their weaknesses. On the other hand, however, given that the express purpose of s. 24(2) is to maintain the repute of the justice system, I

modérée en vertu de laquelle les éléments de preuve ne seraient écartés que dans des cas relativement extrêmes; après tout, à l'époque où le par. 24(2) a été rédigé, rien n'indiquait que l'administration de la justice était déconsidérée du fait d'une position de longue date suivant laquelle la façon d'obtenir des éléments de preuve probants n'était pas pertinente quant à leur admissibilité.

Malgré cela, la Cour suprême du Canada a établi ce qui s'est révélé être, à tout le moins dans un grand nombre de cas, une règle d'exclusion extrêmement agressive. Elle a pu le faire en envoyant le message en partie implicite, mais sans équivoque, qu'il y avait lieu de comprendre du par. 24(2) qu'il avait été conçu pour maintenir l'intégrité judiciaire, quel que soit l'impact de l'exclusion sur la considération dont jouit le pouvoir judiciaire.

...

Essentiellement, tout cela signifie que les juges, lorsqu'ils appliquent le par. 24(2) de la Charte, ont un luxe qui n'existe nulle part ailleurs: ils en viennent eux-mêmes à déterminer lesquels de leurs comportements portent atteinte à la considération dont ils jouissent. En décidant cela, la cour a fait plus que simple violence au concept de la déconsidération. [Je souligne.]

Je signale également les conclusions de sondages effectués soigneusement, qui laissent entendre que, bien que la collectivité canadienne partage l'opinion de notre Cour quant aux facteurs pertinents pour exclure des éléments de preuve en vertu du par. 24(2), il existe un écart notable entre l'opinion publique et notre Cour relativement à la façon dont ces facteurs seraient appliqués: voir A. W. Bryant, M. Gold, H. M. Stevenson et D. Northrup, «Public Attitudes Toward the Exclusion of Evidence: Section 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1990), 69 *R. du B. can.* 1, et «Public Support for the Exclusion of Unconstitutionally Obtained Evidence» (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 555. D'une part, je suis essentiellement d'accord avec les propos tenus à la p. 282 de l'arrêt *Collins*, selon lesquels «[l]a Charte vise à protéger l'accusé contre la majorité, donc la mise en application de la Charte ne doit pas être laissée à cette majorité». Je suis également sensible au fait que les sondages d'opinion publique, si perfectionnés soient-ils, sont rarement exempts de faiblesses. Par contre, puisque le par. 24(2) a pour objet explicite

believe that we also cannot dismiss them completely out of hand. A periodic “reality check” is both healthy and necessary in order to ensure that the discretion to exclude evidence under s. 24(2) is exercised in conformity with long-term community values.

Let me start by first acknowledging that the road upon which this Court originally embarked was the right one. In particular, returning to the first principles outlined in *Collins*, I believe that the “reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances” would most generally agree that the administration of justice tends to be brought into disrepute when the fairness of the hearing may be undermined by the admission of unconstitutionally obtained evidence. This hypothetical person would also agree that, in certain cases, the conduct of the police or of the Crown may be so unacceptable that admission of evidence obtained in such a manner would tend to bring the administration of justice into disrepute. Finally, this person would agree that, notwithstanding these two considerations, there may still be exceptional situations in which the exclusion of the impugned evidence would bring the administration of justice into greater disrepute than its inclusion. As such, I believe that the “reasonable person” would approve of the three criteria set out by this Court in *Collins*. In my respectful opinion, however, the hypothetical “reasonable person” would then point to the fork in the road which has ultimately led this Court to misapply s. 24(2) — our approach to “factors governing the fairness of the trial”.

(ii) The Fairness of the “Trial”

It is interesting to note, at the outset, that when Lamer J. originally set out in *Collins*, at p. 281, the considerations that should animate the interpretation of s. 24(2) of the *Charter*, he spoke of the fairness of the hearing. At page 284, however, he directed his remarks not to the fairness of the hearing, but to the fairness of the trial:

de maintenir la considération dont jouit le système de justice, je ne crois pas qu'on puisse les ignorer d'emblée. Un examen périodique de la réalité est à la fois sain et nécessaire pour garantir que le pouvoir discrétionnaire d'écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) est exercé en conformité avec des valeurs durables de la collectivité.

Il y a lieu de commencer par reconnaître que la voie sur laquelle notre Cour s'est engagée initialement était la bonne. En particulier, si on retourne aux principes de base qui ont été énoncés dans l'arrêt *Collins*, je crois que la «personne raisonnable, objective et bien informée de toutes les circonstances» conviendrait généralement que l'administration de la justice a tendance à être déconsidérée lorsque l'équité du procès est compromise par l'utilisation d'éléments de preuve obtenus inconstitutionnellement. Cette personne hypothétique conviendrait également que, dans certains cas, le comportement de la police ou du ministère public peut être si inacceptable que l'utilisation des éléments de preuve obtenus grâce à ce comportement tendrait à déconsidérer l'administration de la justice. Enfin, cette personne conviendrait qu'indépendamment de ces deux facteurs il peut encore exister des situations exceptionnelles où l'exclusion de la preuve contestée est plus susceptible de déconsidérer l'administration de la justice que son utilisation. Voilà pourquoi je crois que la «personne raisonnable» approuverait les trois critères énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Collins*. En toute déférence je crois, toutefois, que la «personne raisonnable» hypothétique pourrait, de même, montrer du doigt la croisée des chemins qui a finalement amené notre Cour à appliquer incorrectement le par. 24(2) — notre façon d'aborder les «facteurs qui touchent à l'équité du procès».

(ii) L'équité du «procès»

Il est intéressant de souligner tout d'abord que lorsque le juge Lamer a initialement énoncé dans *Collins*, à la p. 281, les considérations qui devraient guider l'interprétation du par. 24(2) de la *Charte*, il parlait de l'équité de l'audition. À la p. 284, cependant, ses observations portaient non pas sur l'équité de l'audition mais l'équité du procès:

The trial is a key part of the administration of justice, and the fairness of Canadian trials is a major source of the repute of the system and is now a right guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. If the admission of the evidence in some way affects the fairness of the trial, then the admission of the evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute and, subject to consideration of the other factors, the evidence generally should be excluded. [Emphasis in original.]

He then went on to distinguish between the admission of evidence that was real and that which was self-incriminatory. In his opinion, where an accused is conscripted against him- or herself to provide a confession or other evidence emanating from the accused, then such evidence would by definition generally affect "the very fairness of the trial", since it did not exist prior to the violation and since it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination. At that time, Le Dain J. wrote concurring reasons in *Collins*, sounding a cautionary note regarding the role of "trial fairness" in the s. 24(2) analysis. In my respectful view, the passage of time has borne out his concerns. The grouping of too many factors under the rubric of "trial fairness", the encroachment of which we are told must almost inevitably lead to exclusion of the evidence, has led this Court to depart from the first principles and underlying purposes animating s. 24(2) of the *Charter*.

Le procès joue un rôle clé dans l'administration de la justice et l'équité des procès au Canada est une source majeure de la considération dont jouit le système et constitue actuellement un droit garanti par l'al. 11d) de la *Charte*. Si l'utilisation de la preuve portait atteinte de quelque façon à l'équité du procès, alors celle-ci tendrait à déconsidérer l'administration de la justice et, sous réserve de la considération des autres facteurs, la preuve devrait généralement être écartée. [Souligné dans l'original.]

Il établit ensuite une distinction entre l'utilisation d'une preuve matérielle et celle d'une preuve auto-incriminante. À son avis, lorsqu'un accusé est forcé de faire des aveux ou de fournir d'autres éléments de preuve, ceux-ci, par définition, compromettent généralement «le caractère équitable du procès même», puisqu'ils n'existaient pas avant la violation et que leur utilisation constitue une attaque contre l'un des préceptes fondamentaux d'un procès équitable, soit le droit de ne pas s'incriminer. À l'époque, le juge Le Dain a, dans l'arrêt *Collins*, rédigé des motifs concordants dans lesquels il a fait une mise en garde sur le rôle de l'«équité du procès» dans une analyse fondée sur le par. 24(2). À mon avis, ses inquiétudes se sont confirmées avec le temps. Le regroupement d'un trop grand nombre de facteurs sous la rubrique «équité du procès», dont la violation, nous dit-on, doit nécessairement conduire à l'exclusion de cette preuve, a amené notre Cour à déroger aux principes de base et aux objets sous-jacents du par. 24(2) de la *Charte*.

77

This deviation has become more evident over time. We now know that any evidence that could not have been obtained "but for" the participation of the accused is classified as self-incriminatory in nature, and is therefore decreed to affect the fairness of the trial, and thereby most likely to require exclusion due to an application of the first branch of the *Collins* test: *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, at p. 16. This has come to be known in many circles as the discoverability doctrine. Thus, in a very significant number of cases, the multi-faceted *Collins* framework has been subsumed within its first branch.

Cette dérogation est devenue plus évidente avec le temps. Nous savons maintenant que toute preuve qui n'aurait pu être obtenue «n'eût été» la participation de l'accusé est qualifiée comme étant de nature auto-incriminante et est donc considérée comme compromettant l'équité du procès et, partant, comme devant fort probablement exiger l'exclusion en application du premier volet du test de l'arrêt *Collins*: *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, à la p. 16. C'est ce qu'on a appelé dans certains cercles, la doctrine de la possibilité de découverte. Ainsi, dans un très grand nombre d'affaires, le cadre multidimensionnel de l'arrêt *Collins* a été subsumé sous son premier volet.

I believe this subtle yet significant expansion of the first branch of the *Collins* test to have come about as a result of an equally subtle shift in terminology. This Court went from speaking of the repute of the justice system being affected in terms of possible unfairness of the hearing (*Collins*, at p. 281), to being affected in terms of unfairness of the trial (*Collins*, at p. 284), to being affected in terms of unfairness of the trial process. See, e.g., *R. v. Ross*; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, per La Forest J.; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, per Lamer C.J. I believe Iacobucci J.'s approach in the present case to take the definition of "trial unfairness" even one step further than ever before, moreover, by concluding as a matter of law that the "fairness of the trial" is adversely affected as a result of a "proximate connection" between the impugned evidence (i.e., the accused's voluntary statements to his girlfriend) and the s. 10(b) *Charter* violation. Each time the terminology has changed, it has expanded the scope of the first branch of the *Collins* analysis, and thereby increased the likelihood that virtually absolute exclusionary consequences will follow from a s. 24(2) analysis.

The paradigmatic shift that has resulted in the adoption of the "but for" approach to s. 24(2) has most dramatic implications. Its magnitude is perhaps most fully appreciated by returning once again to the proverbial grandfather of s. 24(2) jurisprudence. In *Collins*, the majority of the Court elaborated its three-part framework in the context of an unconstitutional search of a bar patron, which resulted in the finding of a balloon of heroin clenched in her hand. In determining whether the heroin obtained in the illegal search should be excluded under s. 24(2), its application of the first set of factors, concerning the fairness of the trial, is most informative (at p. 288):

The evidence obtained as a result of the search was real evidence and, while prejudicial to the accused as

Je crois que cet élargissement à la fois subtil et considérable du premier volet du test de l'arrêt *Collins* est le fruit d'un changement de terminologie tout aussi subtil. Notre Cour a commencé par parler d'atteinte à la considération du système de la justice en termes d'iniquité possible de l'audition (*Collins*, à la p. 281), puis en termes d'iniquité du procès (*Collins*, à la p. 284), puis en termes d'iniquité dans le processus du procès. Voir, p. ex., *R. c. Ross*; *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; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, le juge en chef Lamer. J'estime que l'approche du juge Iacobucci, en l'espèce, pousse la définition de «procès inéquitable» un pas plus loin qu'auparavant, lorsqu'il conclut qu'à titre de règle de droit l'«équité du procès» est compromise en raison du «lien étroit» qui existe entre les éléments de preuve contestés (à savoir, les déclarations volontaires de l'accusé à son amie) et la violation de l'al. 10b) de la *Charte*. Dans chaque cas où la terminologie a changé, la portée du premier volet de l'analyse de l'arrêt *Collins* a été élargie, ce qui a augmenté la probabilité qu'une analyse en vertu du par. 24(2) aboutisse à une exclusion pratiquement absolue.

Le changement paradigmatique qui a entraîné l'adoption de la façon d'aborder le par. 24(2) en fonction du critère du «n'eût été» a des répercussions des plus dramatiques. On peut peut-être mieux en apprécier l'ampleur en se reportant encore une fois à l'«ancêtre» proverbial de la jurisprudence relative au par. 24(2). Dans l'arrêt *Collins*, la Cour à la majorité a conçu une formule tripartite dans le contexte d'une fouille inconstitutionnelle d'une cliente dans un bar, ayant mené à la découverte d'un ballon d'héroïne qu'elle serrait dans sa main. Quant à la question de savoir si l'héroïne obtenue au cours de la fouille illégale devait être écartée en vertu du par. 24(2), l'application par notre Cour de la première série de facteurs concernant l'équité du procès est des plus instructives (à la p. 288):

La preuve obtenue grâce à la fouille était une preuve matérielle et, bien qu'elle soit préjudiciable à l'accusée,

evidence tendered by the Crown usually is, there is nothing to suggest that its use at the trial would render the trial unfair. [Emphasis added.]

The heroin was excluded on the basis of the second branch of the *Collins* test, since the violation was both flagrant and serious, and since it was unacceptable conduct for police to take flying tackles at people, seizing them by the throat, if they did not have reasonable and probable grounds to believe that these people were dangerous or handlers of drugs. For the Court to signal its condonation of the officer's acts by nonetheless admitting the evidence could bring the administration of justice into greater disrepute than if the evidence were to be excluded and the accused were subsequently acquitted. Given that the officer had not had the opportunity to explain the basis for his search, however, a new trial was ordered, at which time the reasonable and probable grounds for the search could be properly ascertained.

80

By contrast, only five years later, in *Mellenthin*, this Court excluded under s. 24(2) drugs found by an officer pursuant to a search of a car at a random roadside sobriety check. Cory J. found the drugs to have been discovered as a result of an unconstitutional search and concluded that "but for" this *Charter* violation, the drugs would never have been found. In other words, although the drugs were real, they were self-incriminatory in the sense that they would not have been discovered but for the rights violation. He therefore excluded the evidence as a result of his analysis under the first branch of *Collins*. His analysis under the first branch of the *Collins* test mentioned the following factors (at p. 629) as relating to the fairness of the trial:

The unreasonable search carried out in this case is the very kind which the Court wished to make clear is unacceptable. A check stop does not and cannot constitute a general search warrant for searching every vehicle, driver and passenger that is pulled over. Unless there are reasonable and probable grounds for conducting the search, or drugs, alcohol or weapons are in plain view in

comme c'est normalement le cas pour les éléments de preuve produits par la poursuite, rien ne porte à croire que son utilisation au procès le rendrait inéquitable. [Je souligne.]

L'héroïne a été écartée sur la base du second volet du test de l'arrêt *Collins*, parce que la violation était à la fois flagrante et grave et qu'il était inacceptable que les policiers sautent sur les gens et les saisissent à la gorge en l'absence de motifs raisonnables et probables de croire que ces gens-là sont dangereux ou qu'ils sont des trafiquants de drogues. Si la Cour avait toléré ces agissements des policiers, en admettant la preuve malgré tout, cette tolérance était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice davantage que si la preuve avait été écartée, et l'accusée par la suite acquittée. Cependant, comme le policier n'avait pas eu la possibilité d'expliquer la raison de sa fouille, on a ordonné la tenue d'un nouveau procès au cours duquel les motifs raisonnables et probables de la fouille pourraient être vérifiés convenablement.

Par contre, cinq ans plus tard seulement, dans *Mellenthin*, notre Cour s'est fondée sur le par. 24(2) pour écarter la preuve des stupéfiants découverts par un policier au cours de la fouille d'une voiture effectuée dans le cadre d'un contrôle routier ponctuel. Le juge Cory a conclu que les stupéfiants avaient été découverts grâce à une fouille inconstitutionnelle et que, «n'eût été» cette violation de la *Charte*, les stupéfiants n'auraient jamais été découverts. En d'autres termes, même si les stupéfiants étaient une preuve matérielle, ils constituaient une preuve auto-incriminante en ce sens qu'ils n'auraient pas été découverts en l'absence de la violation des droits. Il a donc écarté la preuve par suite de son analyse fondée sur le premier volet du test de l'arrêt *Collins*. Au cours de cette analyse, il a indiqué, à la p. 629, que les facteurs suivants touchaient à l'équité du procès:

La fouille abusive effectuée en l'espèce est exactement le genre de fouille qui, d'après ce que la Cour a voulu préciser, est inacceptable. Un contrôle routier ne constitue pas et ne saurait constituer un mandat de perquisition général permettant de fouiller les conducteurs à qui l'on demande de s'immobiliser, leur véhicule et les passagers. L'élément de preuve obtenu grâce à une telle

the interior of the vehicle, the evidence flowing from such a search should not be admitted.

It would surely affect the fairness of the trial should check stops be accepted as a basis for warrantless searches and the evidence derived from them was to be automatically admitted. To admit evidence obtained in an unreasonable and unjustified search carried out while a motorist was detained in a check stop would adversely and unfairly affect the trial process and most surely bring the administration of justice into disrepute. [Emphasis added.]

In view of the foregoing conclusion, Cory J. thought it unnecessary to consider the other branches of the *Collins* test, but nonetheless went on to conclude that the evidence should also be excluded on the basis of the second branch of the *Collins* test because the violation was a serious one involving unacceptable conduct which should not be condoned by the justice system. He did not give any consideration to the third branch of the *Collins* test.

It becomes evident how far this Court has deviated from its original approach to s. 24(2) when we transplant the “but for” standard employed in *Mellenthin* back to *Collins*. If, in *Collins*, Lamer J. had approached the problem in the manner suggested by Cory J. in *Mellenthin*, he should have concluded that “but for” the *Charter* violation, the officer would not have seized the heroin balloon from the suspect in the bar. There was no evidence to suggest that the officer could have seized the drugs in any other way. Yet how is it that Lamer J. concluded for the majority in *Collins* that this evidence, though prejudicial in the ordinary sense, did not render the trial unfair, and therefore did not tend to the almost automatic exclusion of the evidence? Why have our notions of what constitutes a “fair trial”, and thereby inevitably leads to exclusion, changed so profoundly in the space of the five years between *Collins* and *Mellenthin*?

With great respect, I suggest that we have lost sight of the original concerns that motivated the

fouille ne devrait être admis que s'il existe des motifs raisonnables et probables d'effectuer la fouille ou si de la drogue, de l'alcool ou des armes sont exposés à la vue de tous à l'intérieur du véhicule.

Si on acceptait les contrôles routiers comme justifiant des fouilles sans mandat et si la preuve qui en découle était automatiquement admise, l'équité du procès en souffrirait certainement. L'utilisation d'éléments de preuve obtenus au cours d'une fouille abusive et injustifiée alors qu'un automobiliste était détenu à un point de contrôle nuirait injustement au procès et serait très certainement susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. [Je souligne.]

Vu cette conclusion, le juge Cory a estimé inutile de considérer les autres volets du test de l'arrêt *Collins*, sauf qu'il a ensuite conclu que la preuve devait également être écartée en fonction du second volet du test de l'arrêt *Collins*, parce que la violation était grave et mettait en cause un comportement inadmissible qui ne devait pas être toléré par le système de justice. Il n'a pas considéré le troisième volet du test de l'arrêt *Collins*.

On peut constater combien notre Cour a dérogé à sa façon initiale d'aborder le par. 24(2), si on applique rétroactivement à l'arrêt *Collins* le critère du «n'eût été» utilisé dans l'arrêt *Mellenthin*. Si, dans *Collins*, le juge Lamer avait abordé le problème de la manière proposée par le juge Cory dans *Mellenthin*, il aurait dû conclure que, «n'eût été» la violation de la *Charte*, le policier n'aurait pas saisi le ballon d'héroïne de la femme suspecte dans le bar. Il n'existait aucune preuve de nature à suggérer que l'agent aurait pu saisir la drogue d'une autre façon. Alors comment se fait-il que le juge Lamer ait conclu, au nom de la majorité dans l'arrêt *Collins*, que cette preuve, bien que préjudiciable au sens ordinaire, ne rendait pas le procès inéquitable et, partant, n'emportait pas l'exclusion presque automatique? Pourquoi notre notion de ce qui constitue un «procès équitable», qui doit donc mener inévitablement à l'exclusion, a-t-elle si profondément changé en l'espace des cinq ans qui séparent *Collins* et *Mellenthin*?

En toute déférence, je pense que nous avons perdu de vue les préoccupations qui, à l'origine,

Court to remark that the admission of evidence affecting the fairness of the hearing would generally tend to bring the administration of justice into disrepute.

83

In my view, the essence of those original concerns is reflected in the concurring reasons of Lamer J. in *Rothman* in which he provided an important jurisprudential stepping stone between the traditional common law "voluntariness" rule and s. 24(2) of the *Charter*. In the context of his discussion of the confessions rule and the power of courts to exclude certain types of evidence, he recognized that reliability was an important consideration as to whether or not evidence should be excluded, but then went on to say that the discretion of a trial judge to exclude evidence must extend beyond that criteria. He therefore favoured a two-step analysis. The first stage was reliability. Where anything done by the authorities casts some doubt as to the accused's having been induced to make a possible unreliable statement, then that statement would be excluded. The second component was a general discretion on the part of the judge to exclude reliable and probative evidence where it was obtained in circumstances that threatened the integrity of the judicial system.

84

Section 24(2) of the *Charter* was not enacted in a vacuum. As numerous commentators have noted, it reflected a compromise between a Canadian common law rule which focused almost exclusively on reliability and an American exclusionary rule which focused largely on police misconduct. It was intended as a cautious expansion of the Canadian common law. Many of its values are reflected in Lamer J.'s reasoning in *Rothman*. I will outline below why I believe that the two-part framework outlined in *Rothman* forms the underpinnings of the approach to s. 24(2) taken by this Court in *Collins*. In my view, at the heart of *Collins*, building as it did on *Rothman*, is the recognition of two fundamental concerns, the encroachment of either of

ont motivé la Cour à souligner que l'utilisation d'éléments de preuve compromettant l'équité de l'audition tendrait en général à déconsidérer l'administration de la justice.

J'estime que l'essence même de ces considérations initiales est exprimée dans les motifs concourants rédigés par le juge Lamer dans l'arrêt *Rothman*, dans lequel il construit un pont jurisprudentiel important entre la règle traditionnelle de la common law du «caractère volontaire» et le par. 24(2) de la *Charte*. Dans le cadre de son analyse de la règle des confessions et du pouvoir des tribunaux d'écarter certains types de preuve, il a reconnu que la fiabilité était une considération importante pour déterminer si la preuve devait être exclue, mais il a poursuivi pour dire ensuite que le pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'écarter la preuve devait aller au-delà de ce critère. Il était donc en faveur d'une analyse en deux temps, le premier étant la fiabilité. Lorsque ce qu'ont fait les autorités jette un doute quant à savoir si l'accusé a été incité à faire une déclaration qui pourrait ne pas être fiable, cette déclaration devrait être écartée. Le deuxième volet de l'analyse était le pouvoir discrétionnaire général dont le juge dispose d'écarter la preuve fiable et probante lorsqu'elle a été obtenue dans des circonstances qui menacent l'intégrité du système judiciaire.

Le paragraphe 24(2) de la *Charte* n'a pas été adopté dans un vacuum. Comme de nombreux commentateurs l'ont fait remarquer, il correspond à un compromis entre une règle canadienne de common law qui était presque uniquement axée sur la fiabilité et une règle américaine d'exclusion largement axée sur l'inconduite de la police. Il a été conçu comme un élargissement prudent de la common law canadienne. Un grand nombre des valeurs qu'il reflète apparaissaient dans le raisonnement préconisé par le juge Lamer dans *Rothman*. Je vais maintenant expliquer pour quelle raison je crois que l'analyse en deux temps décrite dans *Rothman* constitue les fondations de l'approche adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Collins* à l'égard du par. 24(2). J'estime qu'au cœur de l'arrêt *Collins*, qui découle de *Rothman*, est la reconnaissance de deux préoccupations fondamentales,

which could bring the administration of justice into disrepute within the meaning of s. 24(2).

The first basic concern groups together all of the common law and *Charter* protections of the accused that ultimately relate to liberty and truth-seeking. For the sake of simplicity, I shall call it the "Reliability Principle". In essence, this principle dictates that our justice system must be constantly and intensely vigilant to ensure that innocent persons not be convicted. Where the individual's liberty is at stake, then these protections take on added significance and additional dimensions. In accordance with this principle, the trial must not amount to an attempt by the Crown to "win" its case against the accused: see, e.g., *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. Rather, the trial is undertaken as a truth-seeking activity, and its conduct is animated by the overarching need for the accurate determination of innocence or guilt. As such, the trial itself must be conducted so as to maximize the accuracy of the outcome and minimize the possibility of wrongful conviction. Evidence that may be unreliable or that has the potential to mislead a trier of fact is at the heart of this concern, and will generally be excluded. Accordingly, under the Reliability Principle, the use at trial of evidence, obtained in a manner that violated the *Charter*, that may mislead the trier of fact could render that trial unfair, and could bring the administration of justice into disrepute in the eyes of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances. In other words, where the unfairness flowing from the *Charter* violation may touch in any way upon the actual adjudicative process, then this kind of evidence must almost inevitably be excluded.

The second basic concern relates to life, security of the person and, within that same rubric, fundamental human dignity. For the sake of convenience, I shall refer to this principle as the "Fairness Principle". This principle groups together all of the common law and *Charter* protections that breathe life into the notion that the

dont la violation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le premier principe fondamental réunit toutes les garanties que la common law et la *Charte* offrent à l'accusé et touche en dernière analyse à la liberté et à la recherche de la vérité. Pour fins de simplification, je l'appellerai le «principe de la fiabilité». Essentiellement, ce principe oblige notre système de justice à veiller constamment et intensément à ce que des personnes innocentes ne soient pas déclarées coupables. Lorsque la liberté d'une personne est en jeu, ces garanties prennent une plus grande importance et ajoutent à leur dimension. Conformément à ce principe, le procès ne doit pas être une tentative du ministère public de «gagner» sa cause contre l'accusé: voir, p. ex., *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Il constitue plutôt une recherche de la vérité et son déroulement est guidé par la nécessité générale de déterminer avec exactitude l'innocence ou la culpabilité de l'accusé. C'est pourquoi, le procès lui-même doit être tenu de façon à maximiser la justesse de son issue et à réduire au minimum le risque d'une déclaration de culpabilité erronée. Les éléments de preuve qui peuvent ne pas être fiables ou qui risquent d'induire en erreur un juge des faits sont au cœur de ce principe et seront généralement écartés. En conséquence, selon le principe de la fiabilité, l'utilisation au procès d'éléments de preuve, obtenus en violation de la *Charte* et pouvant induire en erreur le juge des faits, pourrait rendre le procès inéquitable et serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux de la personne raisonnable, objective et bien informée de toutes les circonstances. En d'autres termes, lorsque le manque d'équité qui résulte de la violation de la *Charte* peut avoir une incidence quelconque sur le processus réel de décision, il faut presque inévitablement exclure ce genre de preuve.

Le second principe fondamental concerne la vie et la sécurité de la personne et, dans cette même veine, la dignité humaine fondamentale. Pour plus de commodité, je l'appellerai le «principe de l'équité». Il réunit toutes les garanties de la common law et de la *Charte* qui sous-tendent la notion que les individus devraient être libres de toute

individual should be free from unwarranted interference with the state. In essence, it recognizes the vital importance in ensuring that the state treat each individual in accordance with basic principles of decency and fair play. Failure to treat the individual in such a manner is offensive both to our common law and to our *Charter*. Unlike the first concern, however, this concern does not relate to notions of reliability and potential for prejudice, or to the possible conviction of innocent persons. Rather, it acknowledges that the use of certain methods to build a case against an individual denigrates the values and mores which we consider fundamental to a free and democratic Canadian society. It recognizes that these methods undermine our social fabric. It recognizes that these costs are endured over the long-term, that they are ultimately borne by all within society, and that they considerably outweigh any benefit to society gained by conviction of an individual accused. For this reason, judicial condonation of acts that violate this principle will also tend to bring the administration of justice into disrepute in the eyes of a reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances.

ingérence injustifiée de la part de l'État. Essentiellement, il reconnaît l'importance vitale de garantir que l'État traite chaque individu conformément aux principes fondamentaux de la décence et du franc-jeu. Traiter l'individu autrement contrevient tant à notre common law qu'à notre *Charte*. Contrairement au premier principe, toutefois, celui-ci n'a pas trait à des notions de fiabilité et de risque de préjudice, ni au risque de déclarer coupables des personnes innocentes. Il reconnaît plutôt que le recours à certaines méthodes pour bâtir une preuve contre quelqu'un a pour effet de discréditer les valeurs et les mœurs que nous considérons comme fondamentales dans une société canadienne libre et démocratique. Il reconnaît que ces méthodes détruisent notre tissu social. Il reconnaît que ces coûts sont ressentis à long terme, qu'ils sont à la fin assumés par tous les membres de la société, et qu'ils l'emportent de loin sur tout bénéfice que la société tire de la déclaration de culpabilité d'un accusé. Pour ce motif, la tolérance judiciaire d'actes qui violent ce principe tendra également à déconsidérer l'administration de la justice aux yeux de la personne raisonnable, objective et bien informée de toutes les circonstances.

87 These two fundamental concerns reflect, in my view, the "principles underlying the principles". They have found expression in such varied forms as the presumption of innocence, the right to silence, the principle against self-incrimination, the doctrine of abuse of process, and a whole host of other protections under the common law and *Charter*. (See *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, per L'Heureux-Dubé J.) Those protections, and many others, have developed over the ages within our common law and most recently within our *Charter* as methods of giving substance and meaning to these two most fundamental of principles. In my view, it is most consistent with the goals of s. 24(2), as well as with the courts' duty to guard jealously the reputation of our system of justice, to build an analytical framework that encourages consideration of those two most fundamental of principles.

Ces deux principes fondamentaux sont, à mon avis, les «principes qui sous-tendent les principes». Ils ont trouvé leur expression sous des formes aussi diverses que la présomption d'innocence, le droit de garder le silence, le principe interdisant l'auto-incrimination, la règle de l'abus de procédure et toute une gamme d'autres garanties offertes par la common law et la *Charte*. (Voir *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, le juge L'Heureux-Dubé.) Ces garanties, et bien d'autres, sont apparues au fil des ans dans notre common law et, tout récemment, dans notre *Charte* comme des moyens de donner substance et sens à ces deux principes des plus fondamentaux. À mon avis, il est tout à fait conforme aux objectifs du par. 24(2), de même qu'à l'obligation des tribunaux de protéger jalousement la considération dont jouit notre système de justice, d'ériger un cadre analytique qui encourage le respect de ces deux principes fondamentaux.

88 In my opinion, evidence is capable of affecting "trial fairness", as that term is employed in the first

À mon avis, une preuve est susceptible de compromettre l'«équité du procès», au sens de ce

branch of *Collins*, where its admission could give rise to concerns analogous to, or falling within, the rubric of the Reliability Principle, outlined above. Where, by contrast, the complaint about the impugned evidence is, for instance, that it would not have been obtained “but for” the rights violation, then this complaint relates more fundamentally to the Fairness Principle. The objection to the admission of the evidence is not that it has the potential to mislead a trier of fact or convict an innocent person, but rather that the manner in which the authorities obtained the evidence was fundamentally unfair, and erodes values that are fundamental to our society. I therefore believe that the fact that the evidence could not have been obtained “but for” the rights violation is more accurately viewed as a relevant consideration to the second branch of the *Collins* framework: the impact of the seriousness of the rights violation on the reputation of the justice system. I shall return to this matter shortly.

To summarize, given that this Court uses “trial fairness” within s. 24(2) as a proxy for circumstances in which the administration of justice is almost inevitably brought into disrepute, and where any other mitigating considerations or circumstances are virtually irrelevant, I believe that it is most consistent with the purpose and spirit of s. 24(2) to define that category of factors narrowly. In my respectful view, it runs counter to the inherently discretionary nature of a s. 24(2) determination, which is to be made “having regard to all of the circumstances”, to formulate rigid rules or presumptions for the exclusion or admission of different kinds of evidence. Thus, to the extent that this Court decides to set down such a rule in regard to “trial fairness”, I believe that it should take care not to define that concept so broadly as to allow the “trial fairness” tail to wag the s. 24(2) dog.

Classifying evidence as “self-incriminatory” or “real”, or “discoverable” or “not discoverable” is

terme dans le premier volet de *Collins*, si son utilisation peut susciter des préoccupations analogues à celles que j’ai qualifiées comme relevant du principe de la fiabilité, exposées précédemment, ou qui y ont trait. Par contre, lorsque la plainte relative à la preuve contestée veut, par exemple, qu’elle n’aurait pas été obtenue «n’eût été» la violation des droits, cette plainte a trait plus fondamentalement au principe de l’équité. On ne s’oppose pas à l’utilisation de la preuve parce qu’elle risque d’induire en erreur le juge des faits ou d’entraîner la déclaration de culpabilité d’une personne innocente, mais plutôt parce que les autorités ont obtenu la preuve d’une manière fondamentalement inéquitable, qui mine des valeurs essentielles à notre société. Je crois donc que le fait que la preuve n’aurait pas pu être obtenue «n’eût été» la violation des droits est plus justement considéré comme un facteur pertinent quant au second volet du test de l’arrêt *Collins*, soit l’incidence de gravité de la violation des droits sur la réputation du système judiciaire. Je reviendrai sur ce point un peu plus loin.

En résumé, étant donné que notre Cour utilise l’équité du procès dans le cadre du par. 24(2) à titre de substitution pour les circonstances dans lesquelles l’administration de la justice est presque inévitablement déconsidérée, et lorsque toutes autres circonstances ou considérations atténuantes sont virtuellement sans pertinence, je crois qu’il est tout à fait compatible avec le but et l’esprit du par. 24(2) de définir restrictivement cette catégorie de facteurs. En toute déférence, ce serait contraire à la nature intrinsèquement discrétionnaire de la décision fondée sur le par. 24(2), prise «eu égard aux circonstances», de formuler des règles ou présomptions rigides pour l’exclusion ou l’utilisation de divers types de preuve. Par conséquent, dans la mesure où notre Cour décide d’énoncer une telle règle à l’égard de l’«équité du procès», elle devrait à mon avis, veiller à ne pas définir cette notion d’une façon aussi large que le principe de l’«équité du procès» en viendrait à régir l’application du par. 24(2).

Qualifier la preuve d’«auto-incriminante», de «matérielle», de «susceptible d’être découverte»

not, nor should it be, an end in itself. For this reason, I have considerable sympathy for the following observations of Professor David M. Paciocco in "The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule", *supra*, at pp. 353-54:

The whole historical development of s. 24(2) drives home the point that it was intended to be a compromise between what is typically but inaccurately characterized as the automatic exclusionary rule in the United States, and the traditional common law Canadian position whereby evidence is admissible if relevant and material, regardless of how it was obtained. Out of distaste and distrust for the American regime the first public draft of the Charter had provided expressly that no exclusionary remedy could be developed to enforce the Charter. Strong submissions against this position were made by various public-interest groups who favoured an exclusionary rule. Ultimately, s. 24(2) was adopted as a compromise position. It promised to be a provision which answered the most common objection to having an exclusionary enforcement mechanism, that requiring the exclusion of unconstitutionally obtained evidence may provide disproportionate relief to accused persons; serious offenders may be acquitted because of constitutional violations which are not nearly as shocking or outrageous as the crime shown by the evidence to have been committed.

The rejection of the polar extremes has been drafted into the provision. The section requires courts to determine whether admission of the evidence in question could cause the relevant kind of disrepute, "having regard to all of the circumstances". The spirit of the provision, if not that very language, calls into question the legitimacy of developing even quasi-automatic principles for exclusion. Despite this, the court has produced just such a principle, and its implications are enormous. [Emphasis added.]

91

Kerans J.A. in his thoughtful discussion of s. 24(2) in *R. v. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345 (Alta. C.A.), at p. 367, raised comparable concerns:

Perhaps mistakenly, I have dealt with the issue of discoverability as one that arises under the "fairness" rule in *Collins, supra*. If one labels the trial as unfair, one leaves little scope for review of factors that might argue

ou de «non susceptible d'être découverte» n'est pas et ne devrait pas non plus être une fin en soi. Pour cette raison, je suis très sympathique aux observations du professeur Paciocco dans «The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule», *loc. cit.*, aux pp. 353 et 354:

[TRADUCTION] Tout l'historique du par. 24(2) permet de comprendre que cette disposition devait être un compromis entre ce qui est habituellement, quoique erronément, qualifié de règle d'exclusion automatique aux États-Unis, et la position traditionnelle du Canada en common law, suivant laquelle la preuve pertinente et substantielle est admissible, peu importe la manière dont elle a été obtenue. En raison de la répugnance et de la méfiance inspirées par le régime américain, la première version connue de la Charte avait expressément prévu qu'aucune règle d'exclusion ne pouvait être conçue dans l'application de la Charte. Différents groupes d'intérêt public préconisant l'adoption d'une règle d'exclusion ont avancé de solides arguments à l'encontre de cette position. À la fin, le par. 24(2) a été adopté à titre de compromis. Il devait répondre à l'objection la plus fréquente formulée à l'encontre de l'adoption d'une règle d'exclusion, à savoir qu'exiger l'exclusion des éléments de preuve obtenus inconstitutionnellement est susceptible de procurer à l'accusé une réparation disproportionnée; des délinquants dangereux risquent d'être acquittés en raison de violations constitutionnelles loin d'être aussi choquantes ou atroces que le crime qui, selon la preuve, a été commis.

Le texte de la disposition fait état du rejet des deux extrêmes. L'article impose aux tribunaux l'obligation de déterminer si l'utilisation de la preuve en cause risquerait de déconsidérer de la manière pertinente l'administration de la justice, «eu égard aux circonstances». L'esprit de la disposition, voire son texte même, remet en cause la légitimité de l'établissement même de principes d'exclusion quasi automatique. Malgré cela, la cour a établi un tel principe aux implications énormes. [Je souligne.]

Le juge Kerans, dans son analyse approfondie du par. 24(2), dans l'arrêt *R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345 (C.A. Alb.), à la p. 367, formule des préoccupations analogues:

[TRADUCTION] Peut-être à tort, j'ai traité de la question de la possibilité de découverte comme question relevant de la règle du «caractère équitable» dans l'arrêt *Collins*, précité. Si on qualifie le procès d'inéquitable, il

against exclusion, like a minimal breach, urgency, and the like. One might be forced to say something silly like this: the trial was unfair, but the administration of justice was not placed in disrepute. I do not object to a categorization of the advantage, in an abstract sense, as "unfair" so long as one keeps in mind that s. 24 refuses to accept that it is always unfair. The reference to the reputation of the administration of justice in s. 24, as all agree, can have no sense other than that, in the concrete, any unfairness to the accused might in some cases be overborn by other factors. A balancing must occur. [Emphasis added.]

I reached a similar conclusion in *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768, at p. 784. Unfairness in the manner certain evidence was obtained, or in the fact that certain evidence was obtained, does not necessarily render the trial unfair. We must therefore be circumspect in defining what type of evidence, or what circumstances, will inevitably lead to exclusion under s. 24(2) of the *Charter*.

There is an important lesson to be learned from the difficulties encountered south of our border. I cannot help but reflect upon the irony of the fact that in *Collins*, at p. 275, the majority of this Court "unconditionally endorsed" Seaton J.A.'s review in *R. c. Collins* (1983), 5 C.C.C. (3d) 141 (B.C.C.A.), at pp. 151-54, of the unfortunate U.S. experience with a rigid exclusionary rule. In that review, Seaton J.A. noted that American courts, in order to lessen the impact of their exclusionary rule, have found more and more searches to be lawful, and more and more evidence-giving situations to be outside the scope of the rule. Professor Paciocco, in "The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule", *supra*, at pp. 360-61, has noted what is perhaps the beginning of a similar trend in Canada, in cases such as *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, and *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62.

reste peu de place pour l'examen de facteurs pouvant militer contre l'exclusion, telles l'atteinte minimale, l'urgence et autres. On pourrait être forcé de dire une absurdité: le procès était inéquitable, mais l'administration de la justice n'a pas été déconsidérée. Je ne m'oppose pas à la qualification de l'avantage, au sens abstrait, comme «inéquitable» tant qu'on n'oublie pas que l'art. 24 refuse d'accepter qu'il est toujours inéquitable. La mention de la considération de l'administration de la justice à l'art. 24, et tout le monde s'accorde sur cela, signifie nécessairement que, concrètement, le manque d'équité envers l'accusé pourrait dans certains cas céder devant d'autres facteurs. Il faut une pondération. [Je souligne].

J'en arrive à une conclusion similaire dans *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768, à la p. 784. Le caractère inéquitable de l'obtention de certains éléments de preuve, ou du fait même que des éléments de preuve aient été obtenus, ne rend pas nécessairement le procès inéquitable. Nous devons donc être prudents dans la définition du type de preuve, ou du genre de circonstances, qui mèneront inévitavelmente à l'exclusion en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Il y a une importante leçon à tirer des difficultés auxquelles nos voisins du sud ont à faire face. Je ne puis m'empêcher de penser à l'ironie du fait que, dans l'arrêt *Collins*, à la p. 275, notre Cour à la majorité «approuve sans réserve» l'analyse de l'expérience américaine malheureuse d'une règle d'exclusion rigide, faite par le juge Seaton dans l'arrêt *R. c. Collins* (1983), 5 C.C.C. (3d) 141 (C.A.C.-B.), aux pp. 151 à 154. Dans cette analyse, le juge Seaton fait observer que, dans le but d'atténuer l'impact de leur règle d'exclusion, les tribunaux américains ont jugé légales un nombre croissant de perquisitions et de fouilles, et ont exclu du champ d'application de la règle de plus en plus de situations ayant permis d'obtenir des éléments de preuve. Le professeur Paciocco, dans «The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule», *loc. cit.*, aux pp. 360 et 361, souligne ce qui est peut-être l'amorce d'une tendance semblable au Canada, dans des affaires comme *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, et *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62.

(iii) Returning to the *Collins* Framework and to First Principles(iii) Retour au cadre établi dans *Collins* et aux principes de base

93

As I have said earlier, I am convinced that the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, would approve of the basic framework set out in *Collins*. Rather than set out any rigid legal "test", however, I prefer to revitalize the approach taken in *Collins*, and to provide a non-exhaustive list of factors which should be considered in the course of a s. 24(2) determination, as well as a basic analytical framework according to which those considerations may be structured. I start, as well, with the basic premise, approved in *Collins*, at p. 275, that evidence obtained in an unconstitutional manner is *prima facie* admissible until the accused demonstrates that its admission could bring the administration of justice into disrepute.

Comme je l'ai indiqué précédemment, je suis convaincue que la personne raisonnable, objective et bien informée de toutes les circonstances approuverait le cadre fondamental établi dans l'arrêt *Collins*. Toutefois, plutôt que d'énoncer un «critère» juridique rigide, je préfère redonner force à la méthode adoptée dans *Collins* et établir une liste non exhaustive de facteurs dont il faudrait tenir compte pour prendre une décision fondée sur le par. 24(2), de même qu'un cadre analytique fondamental permettant de structurer ces facteurs. Je pars également de la prémisse fondamentale, approuvée dans l'arrêt *Collins*, à la p. 275, selon laquelle la preuve obtenue de manière inconstitutionnelle est admissible à première vue jusqu'à ce que l'accusé démontre que son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

94

As I have already mentioned, the first set of factors relates to the exclusion of evidence which may offend the Reliability Principle. Where anything done by the authorities casts some doubt as to the accused's having been induced to make a possibly unreliable statement, then the evidence obtained under such circumstances touches upon the Reliability Principle. This set of factors relates to any circumstances under which a person may be convicted of an offence of which he or she is innocent. As such, they relate to the fairness of the trial and its corollary, the right to make full answer and defence. The admission of unconstitutionally obtained evidence which may render the trial unfair in this manner could bring the administration of justice into disrepute in the eyes of a reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances.

Comme je l'ai déjà mentionné, le premier ensemble de facteurs se rapporte à l'exclusion d'une preuve susceptible de contrevenir au principe de la fiabilité. Lorsque les autorités ont fait quelque chose qui jette un doute quant à savoir si l'accusé a été induit à faire une déclaration qui n'est peut-être pas fiable, alors la preuve obtenue dans ces circonstances est visée par le principe de la fiabilité. Cet ensemble de facteurs vise toute situation dans laquelle une personne peut être déclarée coupable d'une infraction dont elle est innocente. Ainsi, ils concernent l'équité du procès et son corollaire, le droit de présenter une défense pleine et entière. L'utilisation d'une preuve obtenue inconstitutionnellement qui pourrait rendre le procès inéquitable de cette manière serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux d'une personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances.

95

Such evidence should almost inevitably be excluded, although consideration should still be had of the other two branches of the *Collins* test. Where a risk of unfairness in the actual trial is identified, considerations relating to the second branch of the *Collins* framework, the seriousness of the violation, will generally only aggravate,

Une telle preuve devrait presque inévitablement être exclue bien qu'il faille encore prendre en considération les deux autres volets du critère *Collins*. Lorsque l'on constate l'existence d'un risque d'iniquité dans le procès même, les facteurs se rapportant au second volet du test de l'arrêt *Collins*, soit la gravité de la violation, ne feront généralement

rather than palliate, the potential for disrepute to the justice system flowing from the admission of the impugned evidence. Moreover, where the admission of the evidence could give rise to concerns relating to the fairness of the trial, then I would agree in principle with the observation in *Collins*, at p. 286, that the disrepute arising from the admission of the impugned evidence will be greater if the offence is more serious.

The second category of factors in our s. 24(2) framework relates to the impact of the seriousness of the rights violation on the reputation of the justice system. The concerns grouped within this general rubric include all those potentially infringing the Fairness Principle.

Within this rubric, considerable regard should be had to the potential long-term effect on the reputation of the justice system of judicial condonation of the kind of behaviour engaged in by the authorities. In *Collins*, for instance, it was noted at p. 288 that

we cannot accept that police officers take flying tackles at people and seize them by the throat when they do not have reasonable and probable grounds to believe that those people are either dangerous or handlers of drugs.

Similarly, in *Mellenthin*, albeit as part of his discussion of "trial fairness" under the first branch of the *Collins* test, Cory J. took great exception to the possibility that police could, without reasonable and probable grounds to believe that they would find anything, simply search a vehicle which they had stopped for the altogether different purpose of a routine sobriety check. If both *Collins* and *Mellenthin* recognize that over the long-term this kind of activity by state actors affects the rights of all Canadians, then it constitutes a fundamental and important infringement of the right of ordinary citizens to be free from unwarranted interference by the state. For the justice system to condone such intrusive activity by nonetheless admitting the fruits of such searches into evidence could therefore, absent other circumstances, bring the admin-

qu'accroître plutôt qu'atténuer le risque que le système judiciaire soit déconsidéré par l'utilisation de la preuve contestée. De plus, lorsque l'utilisation de la preuve est susceptible de susciter des craintes relativement à l'équité du procès, je souscrirais alors, en principe, à l'observation formulée dans l'arrêt *Collins*, à la p. 286, selon laquelle plus grave est l'infraction, plus grande sera la déconsidération engendrée par l'admission de la preuve contestée.

La seconde catégorie de facteurs, dans l'approche que je suggère relativement au par. 24(2), concerne l'incidence de la gravité de la violation des droits sur la réputation du système de justice. Les facteurs réunis sous cette rubrique générale comprennent tous ceux qui pourraient contrevenir au principe de l'équité.

Sous cette rubrique, on devrait porter une attention considérable à l'effet que la tolérance par le système judiciaire du genre de comportement adopté par les autorités risque d'avoir à long terme sur la considération dont jouit le système de justice. Dans l'arrêt *Collins*, par exemple, on souligne ceci, à la p. 288:

... nous ne pouvons admettre que les agents de police sautent sur les gens et les saisissent à la gorge s'ils n'ont pas des motifs raisonnables et probables de croire que ces gens-là sont dangereux ou qu'ils sont des trafiquants de drogue.

De même, dans l'arrêt *Mellenthin*, bien que ce soit dans le cadre de son analyse de l'«équité du procès» selon le premier volet du test de l'arrêt *Collins*, le juge Cory s'est opposé avec véhémence à la possibilité que la police puisse, sans motifs raisonnables et probables de croire qu'ils trouveraient quelque chose, simplement fouiller un véhicule intercepté à des fins complètement différentes d'une vérification de routine d'ivresse au volant. Si les arrêts *Collins* et *Mellenthin* reconnaissent tous deux qu'à long terme ce genre d'activité par des représentants de l'État porte atteinte aux droits de tous les Canadiens, elle est alors une violation fondamentale et importante du droit des citoyens ordinaires d'être à l'abri de toute ingérence indue de l'État. Le fait que le système de justice tolère une telle activité envahissante, en admettant néanmoins

96

97

istration of justice into disrepute in the eyes of the reasonable person, dispassionate and fully apprised.

en preuve les fruits de telles fouilles, serait donc, en l'absence d'autres circonstances, susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux de la personne raisonnable, objective et bien informée de toutes les circonstances.

98 Other factors that have been identified as relevant to the question of the seriousness of the violation relate more closely to the particular circumstances surrounding the impugned violation. Did the violation occur in circumstances of urgency or necessity? Was the conduct that led to the violation of the *Charter* wilful or flagrant, or was the violation inadvertent or committed in good faith? In this respect, since the accused is not generally in a position to demonstrate the officer's *mala fides*, it is reasonable that an accused need only point to conduct which plausibly indicates bad faith before the onus shifts as a practical matter to the Crown to demonstrate the good faith of the officers involved.

D'autres facteurs décrits comme pertinents quant à la question de la gravité de la violation sont plus étroitement liés aux circonstances particulières qui entourent la violation en cause. Cette violation a-t-elle été commise dans un contexte d'urgence ou de nécessité? Le comportement qui a entraîné la violation de la *Charte* était-il volontaire ou flagrant, ou la violation a-t-elle été commise par inadvertance ou de bonne foi? À cet égard, puisque l'accusé n'est généralement pas en mesure de démontrer la mauvaise foi du policier, il est raisonnable qu'il n'ait qu'à indiquer le comportement qui témoigne de façon plausible d'une mauvaise foi, pour qu'il incombe alors, en pratique, au ministère public de démontrer la bonne foi des policiers impliqués.

99 Another important consideration, as I have already noted, is whether the impugned evidence would likely have been obtained in any event, or whether the evidence could not have been obtained but for the violation. Where the impugned evidence could not have been obtained "but for" the rights violation, then this undoubtedly visits an unfairness upon the accused. With great respect, however, I would not go so far as my colleagues as to say that such evidence must therefore almost inevitably be excluded. In my view, discoverability is an important, albeit not determinative, factor in considering how the seriousness of the rights violation will affect the reputation of the justice system, as measured by the long-term values of the community. We must always bear in mind that the language of s. 24(2) clearly requires that the court's inquiry be conducted "having regard to all the circumstances".

Il est également important, comme je l'ai déjà mentionné, de déterminer si la preuve contestée aurait probablement été obtenue de toute façon, ou qu'elle n'aurait pu l'être sans la violation. Dans le cas où la preuve n'aurait pas pu être obtenue «n'eût été» la violation des droits, il y a indubitablement iniquité envers l'accusé. Avec égards, cependant, je n'irais pas aussi loin que mes collègues lorsqu'ils disent qu'une telle preuve doit donc presque inévitablement être exclue. À mon avis, la possibilité de découverte est un facteur important, mais non déterminant, quand il s'agit de décider quelle incidence la gravité de la violation des droits aura sur la réputation du système de justice, en fonction des valeurs durables de la collectivité. Il faut toujours se rappeler que le texte du par. 24(2) exige clairement que l'examen des tribunaux se fasse «eu égard aux circonstances».

100 The third branch of the *Collins* test need only be broached if the judge has concluded that evidence should tend to be excluded on the basis of analysis conducted within the framework of one or both of the first two branches. This branch, we must recall, is a safeguard which verifies that s. 24(2) is not

Le troisième volet du test de l'arrêt *Collins* ne doit être abordé que si le juge conclut que, selon l'analyse menée dans le cadre de l'un ou l'autre ou des deux premiers volets, les éléments de preuve tendraient à être écartés. Ce volet, faut-il le rappeler, permet d'éviter que le par. 24(2) ne soit

being applied in such a way as to frustrate its own underlying purposes. One factor that may be relevant to an analysis conducted under this branch may be the extent to which the evidence is essential to substantiate the charge. As noted in *Collins*, at p. 288, the exclusion of otherwise reliable evidence necessary to support a conviction for a serious crime may, itself, tend to bring the administration of justice into disrepute.

It should be noted that rigid tests of inclusion should be opposed just as vigorously as rigid tests of exclusion. What must ultimately be sought within a s. 24(2) analysis is a sense of proportionality between competing interests and effects. In *Collins*, at p. 286, for instance, such proportionality found form through the following observation:

In my view, the administration of justice would be brought into disrepute by the exclusion of evidence essential to substantiate the charge, and thus the acquittal of the accused, because of a trivial breach of the *Charter*.

Implicit in the third branch of the *Collins* test, in my view, is an inquiry into whether the value to society of admitting the evidence outweighs the prejudice to societal and individual interests that could follow from the admission of the evidence.

Assessing proportionality may have opposite effects depending upon whether the admission of the evidence touches upon the Reliability Principle or the "Fairness Principle". If the evidence relates to the Fairness Principle, then the higher the value to society in obtaining the conviction, the more serious must be the rights violation before the admission of the evidence could be said to bring the administration of justice into disrepute. On the other hand, if the evidence relates to the Reliability Principle, then the relationship may be quite the opposite. The more serious the offence, then the greater the need for the courts to be vigilant in ensuring that the innocent are not convicted. As such, the more serious the offence, the higher the likelihood that the inclusion of the evidence

appliqué de manière à contrecarrer ses propres objets sous-jacents. Dans une analyse fondée sur ce volet, il peut être opportun de considérer la mesure dans laquelle la preuve est essentielle pour établir le bien-fondé de l'accusation. Tel que souligné dans l'arrêt *Collins*, à la p. 288, l'exclusion d'une preuve par ailleurs fiable, qui est essentielle à une déclaration de culpabilité de crime grave, est susceptible en soi de déconsidérer l'administration de la justice.

Il y a lieu de souligner que l'on devrait s'opposer tout aussi vigoureusement à des critères rigides d'admission qu'à des critères rigides d'exclusion. Ce qu'il faut en fin de compte rechercher dans une analyse fondée sur le par. 24(2), c'est un sens de proportionnalité entre des droits et des effets opposés. Par exemple, à la p. 286 de l'arrêt *Collins*, cette idée de proportionnalité a été formulée dans l'observation suivante:

À mon avis, l'administration de la justice est susceptible d'être déconsidérée par l'exclusion d'éléments de preuve essentiels pour justifier l'accusation, et donc l'acquiescement de l'accusé, à cause d'une violation anodine de la *Charte*.

Implicite dans le troisième volet du test de l'arrêt *Collins* est, à mon avis, l'obligation de déterminer si, aux yeux de la société, l'utilisation de la preuve l'emporte sur l'effet préjudiciable que cette utilisation risque d'avoir sur les intérêts de la société et des particuliers.

L'appréciation de la proportionnalité peut avoir des résultats différents selon que l'utilisation des éléments de preuve touche au principe de la fiabilité ou au principe de l'équité. Si les éléments de preuve touchent au principe de l'équité, alors plus il est important pour la société d'obtenir la déclaration de culpabilité, plus la violation des droits doit être grave pour que l'on puisse dire que l'utilisation des éléments de preuve déconsidère l'administration de la justice. Par contre, si les éléments de preuve touchent au principe de la fiabilité, la situation peut alors être tout à fait inverse. Plus l'infraction est grave, plus il est alors capital que les tribunaux se montrent vigilants afin d'éviter que des personnes innocentes ne soient déclarées coupables. Pour cette raison, plus l'infraction est

101

102

impugning trial fairness could bring the administration of justice into disrepute.

103

Finally, although I do not wish to resurrect the pre-*Charter* “community shock test” elaborated in *Rothman*, I think that it may offer a helpful standard in an opposite sense. Namely, having regard to all of the circumstances, would the long-term values of the community, assuming it to be reasonable, dispassionate and fully informed, be shocked by the exclusion of this evidence? This factor is essentially a reality check. It is one last safeguard to ensure that courts do not lose sight of the forest for the trees, or abstract the law from reality. Courts must not frustrate the very purposes of s. 24(2) that they are duty-bound under the Constitution to uphold.

104

We must always bear in mind, as *Collins* has clearly enunciated, that the purpose of s. 24(2) is not to discipline the authorities. Nor, for that matter, is the primary purpose of s. 24(2) even to seek to discourage certain types of behaviour by state actors, although this will certainly be one of its effects. Simply put, the purpose of s. 24(2) is to prevent the administration of justice from being brought into further disrepute by the admission of evidence obtained in a manner that violates the *Charter*. Although I decline to comment further on this matter, I would simply note that there may be other means, either statutory or common law, by which to further more directly the purpose of discouraging or sanctioning unconstitutional conduct by state actors. (See, e.g., § 1983 of the *United States Code*, which recognizes a tort for breach of an individual’s civil rights.)

105

I have set out above what I believe to be the first principles and purposes underlying s. 24(2) of the *Charter*, which I believe found much of their genesis in *Rothman*, and which were given form by this Court in *Collins*. I believe that this Court’s jurisprudence regarding s. 24(2) has perhaps inadvertently departed from the purpose of s. 24(2) of the

grave, plus l’utilisation des éléments de preuve qui compromettent l’équité du procès est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

Enfin, bien que je ne souhaite pas redonner vie au «critère de la conduite qui choque la collectivité» établi, avant l’adoption de la *Charte*, dans l’arrêt *Rothman*, je crois qu’il peut constituer une norme utile dans le sens inverse. Autrement dit, eu égard aux circonstances, la collectivité, à supposer qu’elle soit raisonnable, objective et bien informée, serait-elle choquée dans ses valeurs durables par l’exclusion de cette preuve? Essentiellement, ce facteur donne le pouls de la société. Il offre une garantie ultime que les tribunaux ne perdront pas de vue la forêt ou que ces derniers ne dissocieront pas le droit de la réalité. Les tribunaux ne doivent pas contrecarrer les objectifs mêmes du par. 24(2), qu’ils sont tenus de promouvoir en vertu de la Constitution.

Il ne faut pas perdre de vue, comme l’a clairement affirmé l’arrêt *Collins*, que le par. 24(2) n’a pas pour objet de soumettre les autorités à des mesures disciplinaires. Quant à cela, le par. 24(2) n’a pas non plus pour objet principal de chercher à décourager certaines formes de comportement chez les représentants de l’État, bien que cela soit certainement l’un de ses effets. Tout simplement, le par. 24(2) vise à éviter que l’administration de la justice ne soit déconsidérée davantage par l’utilisation d’éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*. Sans vouloir m’attarder davantage à cette question, je ferai simplement remarquer qu’il peut exister d’autres moyens, soit dans la loi soit en common law, de promouvoir plus directement l’objectif qui consiste à décourager ou à punir le comportement inconstitutionnel de représentants de l’État. (Voir, p. ex., § 1983 du *United States Code*, qui reconnaît une responsabilité délictuelle pour la violation des droits civils d’une personne.)

J’ai exposé précédemment ce que je crois être les principes de base et les objets sous-jacents du par. 24(2) de la *Charte* qui, je crois, trouvent leur source en grande partie dans l’arrêt *Rothman* et qui ont pris forme dans l’arrêt *Collins* de notre Cour. Je crois que la jurisprudence de notre Cour concernant le par. 24(2) s’est peut-être par inadvertance

Charter, and from the foundations laid down in those cases. By including too many factors within the rubric of “trial fairness”, we have transformed s. 24(2) from a supple analytical framework within which could be balanced a multiplicity of factors into a fairly rigid test of exclusion that, with each passing day, bears increasing resemblance to the American model that the framers of our *Charter* so consciously eschewed.

Summary

To summarize briefly, giving effect to s. 24(2) requires courts to adopt a somewhat different focus than what is necessary to give effect to the substantive rights and freedoms guaranteed within the *Charter*. Whereas recognition of these substantive rights and freedoms must be done with primary regard to ensuring that every individual obtains the fullest protection possible under these rights, s. 24(2) mandates that courts adjudicate upon the admissibility of evidence with primary regard to preventing the administration of justice from being brought into disrepute. Whereas rights and freedoms must therefore be given expression through the eyes of one trained in the law, s. 24(2), which deals with the reputation of the justice system, must be approached from the point of view of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances. With great respect, I believe that this Court’s recent jurisprudence governing s. 24(2) does not take this differing focus sufficiently into account.

Since writing these reasons, I have had the advantage of reading the reasons of Justice Sopinka. I take great exception to his implication that I am in any way advocating an approach to exclusion of evidence that is reminiscent of this Court’s judgment in *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272. In fact, the approach I suggest, which looks both to reliability and to the integrity of the judicial system, finds its genesis in Lamer J.’s influential remarks in *Rothman*, its inspiration in the wording and historical context of s. 24(2) of the *Charter*, and its application in this Court’s approach in *Collins*. Although it bespeaks the obvious, I must emphasize that a court’s inquiry into exclusion

écartée de l’objectif du par. 24(2) de la *Charte* et des fondations posées dans ces arrêts. En incluant trop de facteurs dans la rubrique «équité du procès», nous avons transformé le par. 24(2), d’un cadre analytique souple dans lequel une multitude de facteurs pouvaient être soupesés, en un critère d’exclusion assez rigide qui, de jour en jour, ressemble de plus en plus au modèle américain que les rédacteurs de notre *Charte* ont tant pris soin d’éviter.

Résumé

Bref, pour donner effet au par. 24(2), les tribunaux doivent mettre l’accent quelque peu différemment que lorsqu’il s’agit de donner effet aux droits et libertés fondamentaux garantis par la *Charte*. Alors que ces droits et libertés fondamentaux doivent être reconnus d’abord et avant tout pour assurer que chaque personne obtienne la protection la plus complète possible, le par. 24(2) exige que les tribunaux se prononcent sur l’admissibilité d’éléments de preuve afin, d’abord et avant tout, d’éviter que l’administration de la justice ne soit déconsidérée. Alors que les droits et libertés doivent en conséquence s’exprimer par l’intermédiaire du juriste, le par. 24(2), qui concerne la considération dont jouit le système de justice, doit être envisagé du point de vue de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances. En toute déférence, j’estime que la jurisprudence récente de notre Cour, concernant le par. 24(2), ne tient pas suffisamment compte de cette perspective divergente.

Après avoir rédigé les présents motifs, j’ai eu l’avantage de lire les motifs du juge Sopinka. Je m’inscris en faux contre sa conclusion implicite selon laquelle je préconise de quelque manière une approche de l’exclusion de la preuve qui se rapproche du jugement de notre Cour dans *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272. En fait, l’approche que je propose, qui tient compte à la fois du principe de la fiabilité et de l’intégrité du système judiciaire, trouve sa source dans les observations marquantes que faisait le juge Lamer dans l’arrêt *Rothman*, son inspiration dans la formulation et le contexte historique du par. 24(2) de la *Charte* et son application par notre Cour dans l’arrêt *Collins*. Bien que cela

does not end when it finds that unconstitutionally obtained evidence is inherently reliable (and therefore not subject to virtually automatic exclusion). Analysis then passes on to a consideration of the damage to the integrity of the system that could be occasioned by the admission of the impugned evidence. This must be approached from the point of the long-term effects on the community of the admission of evidence obtained under similar circumstances. The likelihood of exclusion under this framework therefore goes far beyond anything that ever existed at common law, particularly since evidence will be excluded whenever its admission could bring the administration of justice into disrepute.

108 The thrust of my criticism of this Court's recent jurisprudence on s. 24(2) is that we may be digging ourselves into a hole. If we are to create a test of absolute exclusion to further the purposes of s. 24(2), then I believe that we must not define that test so broadly as to risk frustrating the text of s. 24(2), which calls upon courts to evaluate "all of the circumstances" in preserving the reputation of the justice system. I therefore prefer to formulate any absolute exclusionary rules more narrowly than most of my colleagues.

109 In my view, it is most consistent both with our common law approach to exclusion and with the purposes of s. 24(2) of the *Charter* to confine an absolute exclusionary rule to circumstances in which the unconstitutional conduct of state authorities is responsible for evidence which may possibly be unreliable. I do not feel that the nature of the evidence (real *vs.* self-incriminatory, or discoverable *vs.* undiscoverable) should be determinative of absolute exclusion. For my part, I believe that a viable distinction can and must be drawn between evidence whose admission potentially touches upon the adjudicative fairness of the hearing and evidence which is obtained in a manner which does violence to the integrity of the judicial system. Whereas the former must almost inevitably be excluded, the latter must be evaluated "having regard to all of the circumstances".

soit l'évidence même, je dois souligner que l'examen par le tribunal de la question de l'exclusion ne s'arrête pas lorsqu'il constate qu'une preuve obtenue inconstitutionnellement est intrinsèquement fiable (et n'est donc pas sujette à exclusion virtuellement automatique). L'analyse passe alors à l'étude du tort que pourrait causer l'utilisation de la preuve contestée à l'intégrité du système. Il faut aborder cette question sous l'angle des effets à long terme sur la collectivité de l'utilisation d'une preuve obtenue dans de telles circonstances. La probabilité de l'exclusion, dans ce contexte, est donc beaucoup plus élevée que ce qui a jamais existé en common law, d'autant plus que la preuve sera écartée quand son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

L'essentiel de mes critiques de la jurisprudence récente de la Cour concernant le par. 24(2) tient à ce que nous risquons de nous enliser. Si nous devons formuler un critère d'exclusion absolue aux fins du par. 24(2), je crois alors que nous devons éviter de le définir trop largement au risque de contrecarrer le texte du par. 24(2) qui demande aux tribunaux d'évaluer toutes «les circonstances» tout en préservant la réputation du système de justice. C'est pourquoi je préfère définir plus restrictivement toute règle d'exclusion absolue que ce que proposent la plupart de mes collègues.

Il est, selon moi, tout à fait compatible tant avec notre approche de l'exclusion en common law qu'avec les objectifs du par. 24(2) de la *Charte* de limiter la règle de l'exclusion absolue à des circonstances dans lesquelles la conduite inconstitutionnelle des autorités de l'État est à l'origine d'une preuve qui pourrait ne pas être fiable. Je ne pense pas que la nature de la preuve (preuve matérielle, preuve auto-incriminante ou preuve dont la découverte aurait été possible ou non) devrait décider de l'exclusion absolue. Pour ma part, j'estime possible de faire une distinction viable entre la preuve dont l'admission pourrait avoir une incidence sur l'équité de l'audition et la preuve qui est obtenue d'une façon qui menace l'intégrité du système judiciaire. La première doit presque inévitablement être exclue, la seconde doit être examinée «eu égard à toutes les circonstances».

My colleague Sopinka J. notes that Lamer J. did not specifically mention reliability in his discussion of trial fairness. I agree. For this, one must go back to *Rothman*, the grandfather of *Collins*. I do not believe that our concept of what constitutes a minimal standard of “trial fairness” has changed so dramatically since the *Charter*. The justice system was not suffering from widespread disrepute as a result of “unfair trials” when s. 24(2) came onto the scene.

Finally, Sopinka J. concludes by opining that the majority’s approach to s. 24(2) is more consistent with *Collins* than the framework I propose. In answer, I repeat the following rhetorical question that I have already asked about *Collins*: given that the heroin balloon could not have been recovered “but for” the unreasonable search by the officer, why did this Court nonetheless conclude that, although the admission of the evidence would operate unfortunately for the accused, the “fairness of the trial” was in no way implicated? I find further support, moreover, in my rejection of using discoverability as a proxy for trial fairness in the following excerpt from J. Sopinka, S.N. Lederman and A.W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 407:

[The] disposition [in *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138] leaves open the question whether real evidence obtained as a consequence of a s. 10(b) violation, but which would not have been discovered but for the violation, can be characterized as falling within the trial fairness rationale for exclusion In light of the strong indications in *Collins* and *Ross*, it is difficult to see how real evidence, no matter how obtained, could be said to affect the fairness of the trial. The better view seems to be that the admission of real evidence (i.e., tangible evidence not created by the accused as a consequence of a *Charter* violation) must stand or fall on the basis of the seriousness of the *Charter* violation by which it was obtained. [Emphasis added.]

I rest my case.

110
Mon collègue le juge Sopinka fait observer que le juge Lamer n’a pas mentionné spécifiquement la fiabilité dans son analyse de l’équité du procès. Je suis d’accord. Pour cela, il faut remonter à *Rothman*, l’ancêtre de *Collins*. Je ne crois pas que notre conception de la norme minimale de l’«équité du procès» ait changé si radicalement depuis l’avènement de la *Charte*. Le système de justice ne souffrait pas de déconsidération générale en raison de «procès inéquitables» à l’époque où le par. 24(2) est entré en jeu.

111
Enfin, le juge Sopinka conclut que l’approche majoritaire du par. 24(2) est plus compatible avec l’arrêt *Collins* que le cadre d’analyse que je propose. Ma réponse est de répéter simplement la question théorique suivante que j’ai déjà posée à l’égard de *Collins*: puisque le ballon d’héroïne n’aurait pas pu être découvert «n’eût été» la fouille abusive par un agent, pourquoi notre Cour a-t-elle cependant conclu que bien que l’utilisation de la preuve aurait des conséquences défavorables pour l’accusée, l’«équité du procès» n’était aucunement en jeu? De plus, je trouve un appui supplémentaire à mon opinion selon laquelle il ne faut pas utiliser la possibilité de découverte en remplacement de l’équité du procès, dans l’extrait suivant de *The Law of Evidence in Canada* (1992), de J. Sopinka, S.N. Lederman et A.W. Bryant, à la p. 407:

[TRADUCTION] [La décision dans *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138] ne répond pas à la question de savoir si la preuve matérielle obtenue par suite d’une violation de l’al. 10(b), mais qui n’aurait pas été découverte sans la violation, peut être considérée comme relevant des cas d’exclusion fondés sur l’équité du procès. [. . .] Compte tenu des indications claires des arrêts *Collins* et *Ross*, il est difficile de voir comment la preuve matérielle, quel qu’en soit le mode d’obtention, pourrait être jugée avoir une incidence sur l’équité du procès. Il semble plus juste de dire que l’utilisation de la preuve matérielle (c.-à-d. des éléments de preuve tangibles qui n’ont pas été créés par l’accusé à la suite d’une violation de la *Charte*) doit être décidée en fonction de la gravité de la violation de la *Charte* qui a permis de l’obtenir. [Je souligne.]

Cela suffit, me semble-t-il, à prouver mon énoncé.

(iv) Application of Section 24(2) to the Impugned Evidence

112

At the outset, it is important to recall that no appeal is taken by the Crown from the trial judge's decision to exclude, on the basis of a serious s. 10(b) violation, the compelled confessions as well as the fact that the appellant led police to the location of the murder weapon and to the site of the murder. I will not comment further on the exclusion of those two pieces of evidence under s. 24(2) except to say that I agree that, under the circumstances, their admission could bring the administration of justice into greater disrepute than their exclusion. As I have already noted, had this been the only evidence indicating a nexus between the accused and the gun found in the river, then the exclusion of this evidence would in all likelihood have also precluded the Crown from pointing to any basis for admitting into evidence the gun itself, or the fact of its finding. Simply put, the Crown would not have been able to show that the gun found in the river was at all relevant to the proceedings. The effect of excluding the other evidence would therefore be to exclude the gun itself, as well as the fact of its finding.

113

I turn to the accused's statement to Hall. My colleague Iacobucci J. would focus his s. 24(2) analysis primarily on the gun and the fact of its finding. I respectfully disagree. The gun and the fact of its finding are meaningless and, in fact, inadmissible without evidence that connects them somehow to the accused. The accused's voluntary statement to Hall is the only basis for their admission. By contrast, even if the gun had not been found or introduced at trial, the statement was, by itself, extremely incriminating, since it constituted a voluntary admission to a third party which indicated involvement in the crime. Thus, I have no doubt that the proper focus of our analysis must be on the statement made to Hall.

114

My colleague would exclude this statement on the basis that it is proximately connected to the s.

(iv) Application du par. 24(2) à la preuve contestée

Il importe, au départ, de rappeler que le ministère public n'interjette pas appel de la décision du juge du procès d'écarter, en raison d'une violation grave de l'al. 10b), les aveux forcés non plus que du fait que l'appelant a conduit la police à l'endroit où était cachée l'arme du crime et là où le meurtre a été commis. Je ne commenterai pas plus longuement l'exclusion de ces deux éléments de preuve en vertu du par. 24(2), si ce n'est pour convenir que, eu égard aux circonstances, leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice davantage que leur exclusion. Comme je l'ai déjà mentionné, si cela avait été la seule preuve révélant l'existence d'un lien entre l'accusé et l'arme à feu trouvée dans la rivière, l'exclusion de ces éléments de preuve aurait alors fort probablement empêché le ministère public d'établir quelque raison que ce soit d'utiliser en preuve l'arme à feu elle-même ou le fait de sa découverte. Tout simplement, le ministère public aurait été incapable de démontrer que l'arme à feu retrouvée dans la rivière pouvait avoir quelque pertinence au procès. L'exclusion des autres éléments de preuve aurait donc pour effet d'écarter l'arme à feu elle-même et le fait de sa découverte.

Je me tourne maintenant vers la déclaration de l'accusé à Hall. Mon collègue le juge Iacobucci centrerait principalement sur le fusil et sa découverte son analyse fondée sur le par. 24(2). En toute déférence, je ne suis pas d'accord. L'arme à feu et le fait de sa découverte n'ont aucune signification et sont en fait inadmissibles sans preuve les reliant d'une façon ou d'une autre à l'accusé. La déclaration volontaire de l'accusé à Hall est le seul fondement de leur admission. En revanche, même si le fusil n'avait pas été découvert ni produit au procès, la déclaration était en elle-même extrêmement incriminante puisqu'il s'agissait d'une admission volontaire à un tiers qui indiquait une participation au crime. Par conséquent, j'ai la certitude que l'analyse devrait être centrée sur la déclaration faite à Hall.

Mon collègue écarterait cette déclaration pour le motif qu'elle est étroitement liée à la violation de

10(b) violation and that its admission would therefore tend to render the trial unfair. He relies for this proposition on this Court's judgment in *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980. With respect, I do not believe that *Strachan* supports such an approach.

Strachan stands for the proposition that the accused need not show a strict causal link between the s. 10(b) violation and the statement to Hall. The accused can bring the statement to Hall within the ambit of a s. 24(2) examination so long as he can demonstrate that the statement was not too remote from the rights violation. (By way of aside, I note that there was never any challenge raised as to the admissibility of a statement made by the accused to Hall some two months later, alleging that he had been present at the killing but that it had been committed by Biddlecome.) I must respectfully disagree, however, with my colleague's conclusion that principles of remoteness should also predispose this Court's determination on whether the fairness of the trial is adversely affected. Whereas I take *Strachan* to govern the applicability of s. 24(2), my colleague takes *Strachan* one step further, and extends its logic of "proximate connection" to the application of the first branch of the s. 24(2) *Collins* test. With respect, given the almost automatic exclusionary consequences of a finding of "trial process unfairness", I fear that this approach will dig this Court even more deeply into the legal hole that I believe it has already dug itself.

In my opinion, the "proximate connection" between the s. 10(b) violation and the accused's voluntary statement to Hall is sufficient to bring that statement within the purview of a s. 24(2) examination: *R. v. Strachan*. I note, however, that although the accused was incarcerated at the time, the statement to Hall was freely and voluntarily made. No element of state compulsion could have operated upon his mind at that time so as to taint that statement with the possibility of unreliability, and therefore with the possibility of unfairness to

l'al. 10b) et que son utilisation tendrait donc à rendre le procès inéquitable. À l'appui de sa position, il invoque l'arrêt de notre Cour *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980. En toute déférence, je ne crois pas que l'arrêt *Strachan* appuie une telle approche.

L'arrêt *Strachan* appuie la proposition selon laquelle l'accusé n'est pas tenu d'établir un lien strict de causalité entre la violation de l'al. 10b) et la déclaration à Hall. Il peut soumettre cette déclaration à un examen fondé sur le par. 24(2) en autant qu'il puisse démontrer qu'elle n'était pas trop éloignée de la violation des droits. (À titre d'aparté, je remarque qu'on n'a jamais contesté l'admissibilité d'une déclaration faite par l'accusé à Hall environ deux mois plus tard, dans laquelle il aurait dit qu'il était présent lors du meurtre mais que celui-ci avait été commis par Biddlecome.) En toute déférence, je dois exprimer mon désaccord avec la conclusion de mon collègue selon laquelle les principes du caractère éloigné devraient également influencer la décision de notre Cour quant à savoir si l'équité du procès est compromise. Bien que j'estime que l'arrêt *Strachan* régit l'applicabilité du par. 24(2), mon collègue pousse cet arrêt un peu plus loin et étend sa logique du «lien étroit» à l'application du premier volet du test de l'arrêt *Collins* applicable à l'analyse fondée sur le par. 24(2). En toute déférence, étant donné qu'une conclusion à «l'iniquité du processus du procès» entraîne presque automatiquement l'exclusion, je crains que ce point de vue n'enfoncé la Cour encore plus profondément dans la fosse juridique dans laquelle elle s'est, à mon avis, déjà embourbée.

À mon sens, le «lien étroit» entre la violation de l'al. 10b) et la déclaration volontaire de l'accusé à Hall est suffisant pour assujettir cette déclaration à une analyse fondée sur le par. 24(2): *R. c. Strachan*. Je remarque toutefois que, bien que l'accusé ait été incarcéré à l'époque, la déclaration à Hall a été faite librement et volontairement. Aucun élément de contrainte exercée par l'État n'aurait pu, à l'époque, l'influencer au point de compromettre la fiabilité de cette déclaration et, partant, d'y associer la possibilité qu'elle rende le procès inéquitable.

115

116

the trial. Thus, although the evidence is highly incriminating to the accused, and therefore prejudicial in the sense that it increases materially the likelihood of his conviction, I do not see how it touches in any way upon the Reliability Principle, and therefore upon trial fairness.

117 I next turn to the second branch of the *Collins* framework, to ascertain whether the method by which this statement was obtained raises sufficient concerns under the Fairness Principle that its admission into evidence could bring the administration of justice into disrepute.

118 In my view, accepting this statement into evidence would not send a signal to the community condoning this kind of conduct by state actors. We must recall that both the confession and the totality of the self-incriminating evidence emanating from the accused while acting under state compulsion were excluded by the trial judge. In this case, however, the state obtained an unanticipated windfall as a result of the accused's voluntary remarks to his girlfriend. This windfall cannot realistically be said to have been part of the officers' scheme at the time the "deal" was hatched. In this sense, the present case is different in important respects from instances in which the state actively seeks to elicit incriminatory statements from the accused through the use of undercover agents (*R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151) or through individuals effectively acting as agents of the state (*R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595). In both of those types of situations, the court is faced with evidence arising as a direct result of an unconstitutional scheme on the part of the authorities, and obtained in the manner reasonably anticipated by the police. The judicial sanction of such unconstitutional activity by admitting evidence thus obtained can have significant repercussions in the long-term on citizens' dignity and right generally to be free from unwarranted interference from the state. Admission of evidence under such circumstances could bring the administration of justice into disrepute in the eyes of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances.

table. Aussi, bien que la preuve soit fort incriminante pour l'accusé et donc préjudiciable en ce sens qu'elle accroît considérablement la probabilité qu'il soit déclaré coupable, je ne vois pas en quoi elle touche de quelque façon le principe de la fiabilité et donc l'équité du procès.

Je passe maintenant au second volet du test de l'arrêt *Collins*, pour vérifier si la façon dont cette déclaration a été obtenue soulève des craintes suffisantes, en vertu du principe de l'équité, pour que son utilisation en preuve soit susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

À mon avis, admettre cette déclaration en preuve n'aurait pas pour effet d'indiquer à la collectivité que ce genre de comportement des représentants de l'État est toléré. Nous devons nous rappeler que le juge du procès a exclu les aveux et l'ensemble de la preuve auto-incriminante obtenus de l'accusé sous l'effet de la contrainte exercée par l'État. En l'espèce, toutefois, l'État a bénéficié d'une aubaine inespérée du fait des remarques volontaires de l'accusé à son amie. On ne peut, de façon réaliste, dire de cette aubaine qu'elle faisait partie du plan des policiers au moment où le «marché» a été conclu. En ce sens, la présente affaire diffère à d'importants égards de celles où l'État tente activement de soutirer à l'accusé des déclarations incriminantes par l'intermédiaire d'agents banalisés (*R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151) ou de personnes agissant en fait à titre de représentants de l'État (*R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595). Dans ces deux genres de situations, la cour fait face à une preuve qui découle directement d'un stratagème inconstitutionnel de la part des autorités, et qui a été obtenue de la manière raisonnablement prévue par les policiers. La sanction judiciaire d'une telle activité inconstitutionnelle par l'utilisation de la preuve ainsi obtenue peut, à long terme, avoir des répercussions considérables sur la dignité et le droit des citoyens en général d'être à l'abri de toute ingérence injustifiée de l'État. L'utilisation d'une preuve, dans ces circonstances, est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux de la personne raisonnable, objective et bien informée de toutes les circonstances.

By contrast, in the present case, the direct and intended fruits of the state's unconstitutional conduct were properly excluded by the trial judge. All that remained was a voluntary statement — an evidentiary windfall. It would be largely speculative to guess at whether the accused would not have made such a statement, or any other incriminating statement, to Hall if the circumstances had been different. I note, for instance, that he made another highly incriminating statement to Hall some two months later. I am willing to accept, however, that this statement may not have been available had the rights violation not occurred. In fact, I agree with my colleague Iacobucci J.'s observation at para. 42 of his reasons that

[t]he fact is that the Crown sought to introduce the statement at trial precisely because it allowed it to do indirectly what the trial judge had ruled the Crown could not do directly: introduce evidence that the appellant knew where the gun was hidden.

In my view, however, the long-term interests in the administration of justice and in the integrity of the Fairness Principle would not be disserved by admitting this evidence, notwithstanding the insubstantial police conduct that may have, as its incidental effect, prompted the statement to Hall.

I am, as I have said, mindful of the unfairness that flows from admitting a statement that may not have been made were it not for the *Charter* violation. Indeed, it is true that the accused made the statement to his girlfriend while he was still under the impression that the “deal” was on. As I have said, however, it is important not to consider this factor in isolation, but to examine it “having regard to all the circumstances”. The mere presence of some unfairness in the manner in which the evidence was obtained, and the fact that the admission of the statement operates unfortunately for the accused, do not compel irrevocably the conclusion that evidence obtained in such a manner be automatically excluded. In the present case, even assuming that this factor militated sufficiently toward finding that the administration of justice could be brought into disrepute by the admission of the voluntary statement, I would nonetheless conclude that the exclusion of this reliable evidence would bring the administration of justice

Or, en l'espèce, le juge du procès, à juste titre, a écarté les fruits directs et intentionnels du comportement inconstitutionnel de l'État. Il ne restait qu'une déclaration volontaire — une aubaine en matière de preuve. Il serait hautement conjectural de dire si l'accusé aurait fait une telle déclaration, ou toute autre déclaration incriminante, à Hall si les circonstances avaient été différentes. Je note, par exemple, que l'accusé a fait une autre déclaration très incriminante à Hall environ deux mois plus tard. Je suis cependant disposée à admettre que cette déclaration n'aurait probablement pas pu être obtenue sans la violation des droits. En fait, je souscris à l'observation que fait mon collègue le juge Iacobucci, au par. 42 de ses motifs:

Il reste que le ministère public a tenté de produire la déclaration au procès précisément parce qu'elle lui permettait de faire indirectement ce que le juge du procès lui avait interdit de faire directement: produire la preuve que l'appelant savait où était cachée l'arme à feu.

À mon avis, toutefois, les intérêts à long terme de l'administration de la justice et de l'intégrité du principe de l'équité ne seraient pas mal servis par l'utilisation de cette preuve, en dépit du comportement malsain de la police qui peut avoir provoqué, de façon accessoire, la déclaration à Hall.

Je suis consciente, comme je l'ai dit, de l'iniquité qui découle de l'utilisation d'une déclaration qui n'aurait peut-être pas été faite n'eût été la violation de la *Charte*. Il est incontestable que l'accusé a fait la déclaration à son amie alors qu'il était toujours sous l'impression que le «marché» tenait. Toutefois, comme je l'ai indiqué précédemment, il importe non pas de considérer ce facteur isolément, mais plutôt de l'examiner «eu égard aux circonstances». La seule existence d'une certaine iniquité dans la manière dont la preuve a été obtenue et le fait que l'utilisation de la déclaration ait un effet déplorable pour l'accusé n'obligent pas irrévocablement à conclure que la preuve ainsi obtenue doit être écartée automatiquement. En l'espèce, à supposer même que ce facteur militait suffisamment en faveur de la conclusion que l'utilisation de la déclaration volontaire est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, je statuerais néanmoins que l'exclusion de cette preuve fiable est susceptible de déconsidérer

into greater disrepute, given the seriousness of the offence as well as the fact that the making of the statement was essentially incidental to the police officers' unconstitutional conduct.

121 Lastly, I wish to note that I am also mindful of the concern raised by McEachern C.J. that this statement tends to connect the accused more closely with the crime, and could give rise to an inference of consciousness of guilt. It is important to realize, however, that trial fairness will only be connected to the rights violation, and therefore subject to special scrutiny under the first branch of the *Collins* analysis, when there is some possibility that the evidence is unreliable or otherwise likely to lead to the conviction of an innocent person, and when this unreliability is somehow attributable to the state's unconstitutional conduct. Such was not the case here. Under the circumstances, there was no reasonable possibility of unreliability in the statement. I note, as well, that if a statement or other communicative behaviour is prejudicial in the evidentiary sense, in that it could mislead a trier of fact by causing it to follow an inappropriate chain of logic, then that problem must be addressed within the context of the traditional balancing test outlined by this Court in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, by inquiring into whether the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect.

122 To recapitulate, although the admission of the evidence most definitely operates unfortunately for the appellant, a reasonable person, dispassionate and fully apprised of all of the circumstances in this case would conclude that the exclusion of this evidence would bring the administration of justice into greater disrepute than its inclusion. The most important consideration leading me to this conclusion is that admission of this statement would not imply any condonation of the police officers' actions, even though those actions were, themselves, clearly contrary to the long-term interests of the integrity of the justice system. Any other

davantage l'administration de la justice, compte tenu de la gravité de l'infraction et du fait que la déclaration découle de façon essentiellement accessoire de la conduite inconstitutionnelle du policier.

Enfin, je désire signaler que je suis également consciente de la crainte exprimée par le juge en chef McEachern que cette déclaration ne tende à relier l'accusé plus étroitement au crime et puisse porter à conclure qu'il était conscient de sa culpabilité. Il importe de réaliser, toutefois, que l'équité du procès ne sera liée à la violation des droits et donc assujettie à une analyse spéciale fondée sur le premier volet de l'analyse *Collins*, que s'il existe une possibilité que la preuve ne soit pas fiable ou qu'elle soit, par ailleurs, susceptible d'entraîner la déclaration de culpabilité d'une personne innocente, et que si cette absence de fiabilité est en quelque sorte attribuable au comportement inconstitutionnel de l'État. Ce n'était pas le cas en l'espèce. Il n'y avait aucune possibilité réelle de manque de fiabilité de cette déclaration, compte tenu des circonstances. Je signale en outre que s'il existe néanmoins un risque que la déclaration ou tout autre comportement communicateur soit préjudiciable dans le contexte de la présentation de la preuve du fait qu'elle pourrait induire en erreur un juge des faits en faussant le cheminement logique, ce problème doit alors être abordé dans le contexte du test traditionnel de pondération exposé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, en examinant si la valeur probante de la preuve l'emporte sur son effet préjudiciable.

Pour récapituler, bien que l'utilisation de la preuve ait certainement un effet malheureux pour l'appelant, une personne raisonnable, objective et bien informée de toutes les circonstances conclurait en l'espèce que l'exclusion de cette preuve serait susceptible de déconsidérer davantage que son utilisation. La considération la plus importante qui m'amène à cette conclusion est que l'utilisation de cette déclaration ne signifierait aucunement que l'on peut fermer les yeux sur les agissements des agents de police, alors que ces agissements sont eux-mêmes clairement contraires aux intérêts à long terme de l'intégrité du système de justice.

damage to the integrity of the judicial system, such as the unfairness flowing from the fact that the windfall statement might not otherwise have been made, is outweighed by the impact upon the administration of justice of excluding such evidence, given that it is incidental to the opprobrious police conduct, inherently reliable, and significantly probative of the most serious crime in Canada.

Because of my conclusion that the statement to Hall is admissible under s. 24(2) of the *Charter*, I am also satisfied that the admission of the gun and the fact of finding the gun would not bring the administration of justice into disrepute.

2. *The Interaction of section 24(2) of the Charter and section 686(1)(b)(iii) of the Code*

Given my conclusion that the evidence which is the subject of this appeal was properly admitted at trial, it is not strictly necessary for me to address the interaction between s. 24(2) of the *Charter* and s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. Nonetheless, assuming that my colleague is correct in concluding that the impugned evidence should be excluded, I shall address this issue as well.

(i) Principles Governing the Interaction of section 24(2) and section 686(1)(b)(iii)

Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* reads as follows:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

...

(b) may dismiss the appeal where

...

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the

Tout autre tort causé à l'intégrité du système de justice, comme l'iniquité résultant de ce que la déclaration imprévue n'aurait peut-être pas été faite, est dépassé par l'incidence de son exclusion sur l'administration de la justice, puisque cette preuve est une conséquence accessoire de la conduite répréhensible de la police, qu'elle est intrinsèquement fiable et qu'elle a une forte valeur probante à l'égard du crime le plus grave au Canada.

Puisque je conclus que la déclaration à Hall est admissible en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, je suis également convaincue que l'admission de l'arme à feu et du fait de sa découverte n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

2. *L'interaction entre le par. 24(2) de la Charte et le sous-al. 686(1)(b)(iii) du Code*

Vu ma conclusion que les éléments de preuve dont il est question dans le présent pourvoi ont été régulièrement admis au procès, il ne m'est pas absolument nécessaire d'examiner l'interdépendance du par. 24(2) de la *Charte* et du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Néanmoins, en présumant que mon collègue ait raison de conclure qu'il faille exclure la preuve contestée, je vais également traiter ce point.

(i) Les principes qui régissent l'interaction entre le par. 24(2) et le sous-al. 686(1)(b)(iii)

Le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* se lit:

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

...

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

...

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis

123

124

125

appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. . . .

qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. . .

The most recent elucidation of the proper approach to s. 686(1)(b)(iii) is outlined by Major J., speaking for the Court on this issue, in *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599. After outlining various approaches to s. 686(1)(b)(iii) that had been utilized by this Court in the past, he consolidated those approaches within the following test, at p. 617:

Le plus récent éclaircissement sur la bonne façon d'aborder le sous-al. 686(1)(b)(iii) nous vient du juge Major qui s'est exprimé au nom de la Cour sur cette question, dans l'arrêt *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599. Après avoir exposé les diverses façons dont notre Cour a, dans le passé, abordé le sous-al. 686(1)(b)(iii), il les regroupe dans le critère suivant, à la p. 617:

. . . the task of an appellate court is to determine whether there is any reasonable possibility that the verdict would have been different had the error at issue not been made. [Emphasis added.]

. . . la tâche de la cour d'appel consiste à déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l'absence de l'erreur en question. [Je souligne.]

The most recent statement by this Court on the interaction between s. 24(2) of the *Charter* and s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*, however, predates Major J.'s articulation of the proper approach to be taken to s. 686(1)(b)(iii).

Le plus récent énoncé de notre Cour sur l'interaction entre le par. 24(2) de la *Charte* et le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* est, toutefois, antérieur à la formulation par le juge Major de la façon dont il convient d'aborder le sous-al. 686(1)(b)(iii).

126

In *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24, the accused was observed with young boys under suspicious circumstances, and attempted to flee when police accosted him. He was locked in the police van for a short period of time after which he made several inculpatory statements to the police. Iacobucci J. found that the accused had been denied his rights under s. 10(b), that the statements should be excluded under s. 24(2) and that the curative provisions in s. 686(1)(b)(iii) could not prevent the ordering of a re-trial. He made the following observation on the interplay between s. 24(2) of the *Charter* and s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* (at p. 46):

Dans l'arrêt *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24, l'accusé a été aperçu en compagnie de jeunes garçons dans des circonstances douteuses, et il a tenté de fuir au moment où la police l'a abordé. Il a été enfermé dans un fourgon cellulaire pendant un bref délai, après quoi il a fait plusieurs déclarations incriminantes à la police. Le juge Iacobucci a conclu qu'on avait porté atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'al. 10(b), qu'il y avait lieu d'écarter les déclarations en vertu du par. 24(2) et que les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)(b)(iii) ne pouvaient empêcher d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Il fait l'observation suivante sur l'interaction entre le par. 24(2) de la *Charte* et le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* (à la p. 46):

If the evidence in question should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter* because its admission would put the administration of justice into disrepute, then generally its admission was such as to amount to a substantial wrong or miscarriage of justice, thereby putting matters beyond the reach of s. 686(1)(b)(iii), which is available to cure errors of law where no substantial wrong or miscarriage of justice results. Consequently, s.

Si la preuve en cause avait dû être écartée, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, pour le motif que son utilisation aurait été susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, alors, en règle générale, cette utilisation constituerait un tort important ou une erreur judiciaire grave, ce qui entraînerait l'inapplicabilité du sous-al. 686(1)(b)(iii) qui est destiné à réparer les erreurs de droit dans les cas où il ne s'est produit aucun tort important ni

686(1)(b)(iii) is not available in this case. This is not to say that there may not be other circumstances where the curative provision could apply notwithstanding that evidence should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*. [Emphasis added.]

We must recall that the inculpatory statements given to the police by the accused in *Elshaw* were quite central to the Crown's case, and no doubt played an important role in his conviction. In essence, therefore, given the majority's finding of a s. 10(b) violation and given the majority's conclusion that the impugned inculpatory statements should be excluded under s. 24(2), there was, indeed, a "reasonable possibility that the verdict would have been different" had this important evidence not been available to the Crown.

I note, however, that in *Elshaw*, Iacobucci J. did not have the benefit of Major J.'s approach to s. 686(1)(b)(iii) for the Court in *Bevan*. As such, I believe that it is now clear that the "other circumstances" to which Iacobucci J. alluded in *Elshaw* include situations where, even if the appellate court concludes that certain evidence should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*, the court is satisfied that no reasonable possibility existed that the verdict would have been different.

I would like to preface my remarks on the application of s. 686(1)(b)(iii) to the instant case with three additional observations about the interplay between s. 24(2) of the *Charter* and s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*. First, it is now established that although an examination under s. 24(2) must look to the particular context of the rights violation, the determination as to whether or not evidence should be excluded necessarily also involves long-term considerations, such as the impact on the reputation of the justice system of the regular inclusion or exclusion of this type of

aucune erreur judiciaire grave. Par conséquent, le sous-al. 686(1)(b)(iii) ne s'applique pas en l'espèce. Ce qui ne veut pas dire qu'il ne peut y avoir d'autres circonstances où la disposition réparatrice pourrait s'appliquer malgré le fait que des éléments de preuve auraient dû être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*. [Je souligne.]

Il faut se rappeler que les déclarations incriminantes que l'accusé a faites à la police dans *Elshaw* étaient essentielles à la preuve du ministère public, et ont sans doute contribué grandement à sa déclaration de culpabilité. Essentiellement, donc, étant donné que la majorité a conclu à la violation de l'al. 10(b) et qu'il y avait lieu, en vertu du par. 24(2), d'écartier les déclarations incriminantes contestées, il existait, en effet, une «possibilité raisonnable que le verdict eût été différent» si le ministère public n'avait pas disposé de cet élément de preuve important.

Je remarque toutefois que, dans l'arrêt *Elshaw*, le juge Iacobucci ne bénéficiait pas de la façon d'aborder le sous-al. 686(1)(b)(iii) que le juge Major a exposée, au nom de la Cour, dans *Bevan*, précité. Pour ce motif, je crois qu'il est maintenant évident que les «autres circonstances» auxquelles le juge Iacobucci a fait allusion dans *Elshaw* incluent des situations où, même si la cour d'appel conclut que certains éléments de preuve auraient dû être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*, la cour est convaincue qu'il n'existait aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent.

J'aimerais faire précéder mes remarques sur l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) à la présente affaire de trois autres observations sur l'interaction entre le par. 24(2) de la *Charte* et le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*. Premièrement, il est maintenant établi que, bien qu'une analyse fondée sur le par. 24(2) doive tenir compte du contexte particulier dans lequel la violation des droits a été commise, la question de savoir s'il y a lieu d'écartier la preuve fait elle aussi appel à des considérations à long terme, comme les conséquences de l'utilisation ou de l'exclusion régulière de ce genre de

evidence: *Collins*, at p. 281. Section 686(1)(b)(iii), by contrast, only requires consideration by the appellate court of the particular circumstances before it. The differing breadth of the examination under s. 24(2) and under s. 686(1)(b)(iii) is therefore one indication that the two sections are clearly not coextensive.

preuve sur la considération dont jouit le système de justice: *Collins*, à la p. 281. Par contre, le sous-alinéa 686(1)b(iii) exige seulement que la cour d'appel examine les circonstances particulières dont elle est saisie. L'ampleur différente de l'analyse fondée sur le par. 24(2) et sur le sous-al. 686(1)b(iii) indique donc que les deux dispositions n'ont manifestement pas la même portée.

129 Second, as I observed at the outset of my reasons, it is important to recall that the French version of s. 24(2), which is the text upon which the *Collins* framework is based, requires that evidence be excluded "if its admission could bring the administration of justice into disrepute". A conclusion that the administration of justice could be brought into disrepute by the admission of certain evidence does not necessarily mean that its admission has, by definition, led to a "substantial wrong" or "miscarriage of justice" in the particular case under review.

Deuxièmement, comme je l'ai souligné au début de mes motifs, il est important de se rappeler que le texte français du par. 24(2), sur lequel se fonde le cadre exposé dans l'arrêt *Collins*, exige que la preuve soit écartée «si son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice». Une conclusion que l'utilisation de certains éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ne signifie pas nécessairement que leur utilisation a, par définition, engendré un «tort important» ou «une erreur judiciaire grave» dans le cas examiné.

130 Third, s. 24(2) of the *Charter* and s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* clearly focus on different things, in furtherance of different objectives. Section 24(2) focuses on whether the inclusion or exclusion of evidence obtained in violation of the *Charter* would bring the administration of justice into further disrepute. Its primary purpose, therefore, is protection of the integrity of the judicial system. By contrast, as is clear from Major J.'s test in *R. v. Bevan*, s. 686(1)(b)(iii) focuses on the outcome of the particular proceedings. Its primary purpose is to enable appellate courts to feel unhindered to clarify errors of law committed by the trial judge. If a new trial were required every time an appellate court identified an error of law in the proceedings below, even if that error were immaterial to the outcome of the proceedings, then appellate courts might be reluctant to identify such errors of law in the first place. Instead, s. 686(1)(b)(iii) reflects a careful balancing of collective interests in the effective and efficient conclusion of litigation against the right of the individual accused to a full and fair trial. Whenever these two interests collide, s. 686(1)(b)(iii) resolves the conflict in favour of the accused. Where there is no

Troisièmement, le par. 24(2) de la *Charte* et le sous-al. 686(1)b(iii) du *Code* sont nettement axés sur des choses différentes, dans la poursuite d'objectifs différents. Le paragraphe 24(2) est axé sur la question de savoir si l'utilisation ou l'exclusion d'éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* est susceptible de déconsidérer davantage l'administration de la justice. Il vise donc, d'abord et avant tout, à préserver l'intégrité du système judiciaire. En revanche, ainsi qu'il ressort nettement du critère formulé par le juge Major dans l'arrêt *R. c. Bevan*, le sous-al. 686(1)b(iii) est axé sur l'issue d'une instance particulière. Il vise, d'abord et avant tout, à permettre aux cours d'appel de se sentir libres de clarifier des erreurs de droit commises par le juge du procès. S'il fallait tenir un nouveau procès chaque fois qu'une cour d'appel décèle une erreur de droit dans les instances inférieures, même si cette erreur était sans importance quant à l'issue de l'instance, les cours d'appel pourraient alors hésiter, au départ, à déceler ces erreurs de droit. Le sous-alinéa 686(1)b(iii) reflète plutôt un équilibre entre les droits collectifs au règlement efficace et efficient des litiges et ceux d'une personne à un procès juste et équitable.

conflict, however, then s. 686(1)(b)(iii) provides a means by which to advance collective interests while not at the expense of the accused.

(ii) Application of section 686(1)(b)(iii) to the Facts

In *R. v. Hodge* (1993), 133 N.B.R. (2d) 240, the New Brunswick Court of Appeal found that evidence should have been excluded under s. 24(2), yet declined to order a retrial on the basis that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred. The impugned evidence was a hair sample which had been seized from the accused while he was detained, and which was matched with hair found on the motorcycle with which he was alleged to have made his getaway from the scene of a robbery. The court found a clear s. 8 violation and ruled that the seized hair should have been excluded under s. 24(2), but declined to order a new trial on the basis that the hair sample had limited probative value since the hair on the motorcycle could have been deposited at any time prior to the incident, and could not have factored very significantly in the conviction of the accused.

My colleague declines to apply s. 686(1)(b)(iii) in the present case on the basis that the admission of the evidence amounted to a "substantial wrong". Moreover, he relies upon *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476, for the proposition that appellate courts should not retry cases to assess the worth of residual evidence after improperly adduced evidence has been extracted. In *John*, this Court found that the prosecution improperly split its case so as to sandwich the defence, forcing the accused to testify a second time and face a second round of cross-examination on issues that related directly to credibility. The Court stated at p. 480 that, "[i]t is of course impossible to reconstruct this trial by jury so as to determine what the verdict

Lorsque ces droits s'opposent, le sous-al. 686(1)(b)(iii) résout le conflit en faveur de l'accusé. En l'absence de conflit, toutefois, le sous-al. 686(1)(b)(iii) fournit un moyen de promouvoir les droits collectifs, sans qu'il n'affecte les droits de l'accusé.

(ii) Application du sous-al. 686(1)(b)(iii) aux faits

Dans l'arrêt *R. c. Hodge* (1993), 133 R.N.-B. (2^e) 240, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a conclu que la preuve aurait dû être écartée en vertu du par. 24(2), tout en refusant d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour le motif qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave n'avaient été commis. L'élément de preuve contesté était un cheveu prélevé sur l'accusé pendant sa détention, cheveu qui correspondait aux cheveux trouvés sur la motocyclette qu'il aurait utilisée pour s'enfuir de la scène du vol. La cour a conclu à l'existence d'une violation manifeste de l'art. 8 et a décidé que le cheveu prélevé sur l'accusé aurait dû être écarté en vertu du par. 24(2); elle a cependant refusé d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour le motif que le cheveu avait une valeur probante limitée puisque les cheveux trouvés sur la motocyclette auraient pu y être déposés à n'importe quel moment avant l'incident, et ne pouvaient avoir joué un rôle très déterminant dans la déclaration de culpabilité de l'accusé.

Mon collègue refuse d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii), en l'espèce, parce que l'admission des éléments de preuve équivaudrait à un «tort important». Il invoque, en outre, l'arrêt *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476, pour soutenir que les cours d'appel ne devraient pas refaire les procès de manière à soupeser la valeur de la preuve qui subsiste une fois que la preuve produite irrégulièrement a été écartée. Dans l'arrêt *John*, notre Cour a conclu que la poursuite avait irrégulièrement scindé sa preuve de façon à coincer la défense et à forcer ainsi l'accusé à revenir témoigner et à subir un deuxième contre-interrogatoire sur des questions touchant directement à la crédibilité. La Cour déclare, à la p. 480, qu'«[i]l est évidemment

131

132

would have been had this evidence not been presented". That case is very clearly distinguishable from the case at bar.

impossible de reconstituer ce procès avec jury de manière à savoir quel aurait été le verdict si ce témoignage n'avait pas été donné». Cette affaire se distingue très nettement de celle qui nous occupe.

133

In the present case, although the murder weapon and the statement to Hall were significant pieces of evidence, the remainder of the case was so overwhelming as to make this an appropriate case in which to invoke the curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) notwithstanding a finding that evidence should have been excluded under s. 24(2). Even without the impugned statement from Hall and the evidence of the actual gun, the Crown's case against the accused was unimpeachable. Evidence properly admitted at trial included the following: testimony from the appellant's father that he had found a pair of jeans and a vest with a floral pattern (the same clothing that other witnesses testified Worms had been wearing the night of her murder) in the back of the family pick-up truck the morning after the killing; testimony from the appellant's girlfriend, Hall, that she had found a vest of that description in his pick-up the next day, and that he had snatched it away from her; testimony that the accused was at the same nightclub as Worms on the night of the murder; testimony by a friend of the appellant (Biddlecome) that the appellant stole a .410 shotgun a few weeks before the murder of Worms; testimony from Biddlecome that the appellant had showed him the same shotgun with the barrel sawed off days before the killing; three .410 shotgun shells found in the appellant's vehicle; and testimony from Hall that the appellant had voluntarily told her, during the spring of 1985, that he had been present at the killing but that he had stood by while Biddlecome beat the victim and killed her. This statement definitively placed the appellant at the scene of the crime, and therefore left it to the jury to decide whether the murderer was the appellant or Biddlecome. In this respect, the accused did not testify, Biddlecome denied any involvement on the stand, and there was no evidence of beating found on the body. Finally, striking similar fact evidence was admitted into evidence concerning the almost identical killing of Hughes (to which the appellant

En l'espèce, bien que l'arme du crime et la déclaration à Hall aient constitué des éléments de preuve importants, la balance de la preuve est si accablante qu'il convient en l'espèce d'invoquer les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)(b)(iii), malgré une conclusion que des éléments de preuve auraient dû être écartés en vertu du par. 24(2). Même sans la déclaration contestée de Hall et la preuve de l'arme à feu elle-même, la preuve du ministère public contre l'accusé était inattaquable. Parmi les éléments de preuve régulièrement admis au procès, il y avait: le témoignage du père de l'appellant, selon lequel il avait découvert un jeans et une veste à motifs floraux (les mêmes vêtements que, d'après d'autres témoins, Worms portait le soir où elle a été assassinée) à l'arrière de la camionnette familiale, le matin suivant le meurtre; le témoignage de l'amie de l'appellant, Hall, voulant qu'elle ait trouvé une veste correspondant à cette description dans la camionnette de l'accusé le lendemain, et qu'il la lui ait arrachée des mains; le témoignage selon lequel l'accusé se trouvait dans la même boîte de nuit que Worms le soir du meurtre; le témoignage d'un ami de l'appellant (Biddlecome) voulant que celui-ci ait volé un fusil de chasse de calibre .410 quelques semaines avant le meurtre de Worms; le témoignage de Biddlecome voulant que l'appellant lui ait montré le même fusil de chasse tronçonné, quelques jours avant le meurtre; trois cartouches de fusil de chasse de calibre .410, trouvées dans le véhicule de l'appellant; et le témoignage de Hall suivant lequel l'appellant lui a volontairement dit, au printemps 1985, qu'il était présent lors du meurtre mais qu'il était resté là à ne rien faire pendant que Biddlecome battait et tuait la victime. Cette déclaration a certainement situé l'appellant sur les lieux du crime et a, par conséquent, laissé au jury la tâche de décider si le meurtrier était l'appellant ou Biddlecome. À cet égard, l'accusé n'a pas témoigné, Biddlecome a témoigné et a nié toute participation, et il n'y avait aucune marque de coups sur le corps.

confessed and had already been convicted) three months after the killing of Worms.

Moreover, I note the trial judge's warning to the jury as to the limited probative value of both the gun and the appellant's statement to Hall that he had directed police to its location:

Now, I'm invading your function, but I do so deliberately, to caution you that that statement, if you accept it as truthful and accurate, that he took the police to where the gun was in the river, is not evidence that he, Burlingham, threw the gun in the river necessarily. It only goes so far as to show that he knows that somebody, and possibly including himself, but somebody put the gun in the river at that location.

Given the appellant's assertions to Hall that he had seen Biddlecome kill the victim, it was open for the jury to conclude that the appellant had simply seen Biddlecome dispose of the weapon. In my view, the judge's sharp cautionary remarks to the jury on the use of the evidence is surely a factor in deciding whether "there [was] a reasonable possibility that the verdict would have been different", since this warning could have mitigated at least some of the prejudice that might flow to the accused as a result of an impermissible inference of consciousness of guilt. The gun, moreover, proved absolutely nothing about whether it was the appellant who committed the murder, since it could equally well have been Biddlecome, according to the appellant's tale to Hall. Although the appellant did not testify, defence counsel impressed upon the jury members in his closing address that they had heard the appellant's story through the mouth of Hall.

Having regard to all the circumstances, including the sharp warning issued by the trial judge, the reliance by defence counsel on the story of the murder told through the mouth of Hall, and the overwhelming case against the accused presented by the Crown at trial, I am satisfied that the

Enfin, une preuve de faits remarquablement similaires a été admise concernant le meurtre quasi identique de Hughes (que l'appelant avait avoué avoir commis et dont il avait déjà été déclaré coupable) survenu trois mois après celui de Worms.

Au surplus, je note la mise en garde du juge au jury quant à la valeur probante limitée de l'arme à feu et de la déclaration de l'appelant à Hall voulant qu'il ait conduit la police à l'endroit où elle se trouvait:

[TRADUCTION] J'empête maintenant sur votre rôle, mais je le fais délibérément pour vous prévenir que si vous jugez véridique et exacte la déclaration selon laquelle il a conduit la police là où se trouvait l'arme à feu dans la rivière, elle ne prouve pas nécessairement que c'est lui, Burlingham, qui l'y a jetée. Elle ne fait que démontrer qu'il sait que quelqu'un, peut-être bien lui-même, a jeté l'arme à feu dans la rivière à cet endroit.

Puisque l'appelant a déclaré à Hall qu'il avait vu Biddlecome tuer la victime, le jury pouvait conclure que l'appelant avait simplement vu Biddlecome se débarrasser de l'arme. À mon avis, la sévère mise en garde du juge au jury sur l'utilisation de la preuve est certainement un facteur à considérer pour décider s'«il exist[ait] une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent», puisque cette mise en garde aurait pu atténuer, à tout le moins en partie, le préjudice qu'une conclusion inacceptable qu'il était conscient de sa culpabilité pouvait causer à l'accusé. De plus, l'arme à feu ne prouvait absolument rien quant à savoir si l'appelant était l'auteur du meurtre puisque le meurtrier aurait très bien pu être Biddlecome selon le récit de l'appelant à Hall. Bien que Burlingham n'ait pas témoigné, l'avocat de la défense a souligné, dans son exposé final aux membres du jury, qu'ils avaient entendu le récit de l'appelant de la bouche de Hall.

Compte tenu de toutes les circonstances, y compris la sévère mise en garde du juge du procès, le fait que l'avocat de la défense se soit fondé sur le récit du meurtre par Hall et la preuve accablante que le ministère public a produite contre l'accusé au procès, je suis convaincue que l'absence ou la

absence or presence of either or both items of the impugned evidence would not have factored materially in the ultimate outcome. I am satisfied that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different had the impugned evidence been excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

3. *The Unfair Crown Conduct*

136

In closing, I would like to turn very briefly to the Crown's conduct in repudiating the "deal" reached between the police officers and the appellant. I agree with my colleague's conclusion that the conduct of the authorities, though certainly contemptible, did not amount to one of the "clearest of cases" of abuse of process, requiring a stay of proceedings. I am also mindful of the fact that the trial judge found the police to have made an honest mistake and not to have acted with *mala fides* in breaking their bargain. Their misunderstanding of the Crown's offer may very well have been genuine. However, I firmly believe that the Crown acted in bad faith by charging the accused with first degree murder notwithstanding the fact that the Crown was aware that the police had misled the appellant who, in full reliance on the "deal" proffered by the police, had fulfilled his half of the bargain. Under the circumstances, and given that the Crown did not object to the police officers' presenting the "deal" on the Crown's behalf, it seems highly unfair and unjust to allow the Crown to act in total disregard for its agents' undertakings, and to impose the consequences for such disregard upon the appellant. For this reason, I would find a violation of the principle of fundamental fairness under s. 7 of the *Charter*, as discussed in my reasons in *R. v. S.(R.J.)*. Under the circumstances, while I do not believe that this case is one of the "clearest of cases" calling for a stay of proceedings, I am of the opinion that it would be appropriate and just under s. 24(1) of the *Charter* to require the Crown to uphold its half of the "deal", and for this Court to substitute a conviction for the lesser

présence de l'un ou l'autre ou des deux éléments de preuve attaqués n'aurait pas eu d'impact considérable sur l'issue de l'affaire. Je suis persuadée qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent même si les éléments de preuve contestés avaient été écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

3. *Le comportement inéquitable du ministère public*

En terminant, j'aimerais examiner brièvement le comportement adopté par le ministère public en répudiant le «marché» conclu entre les policiers et l'appellant. Je souscris à la conclusion de mon collègue que le comportement des autorités, bien que certainement méprisable, n'était pas l'un des «cas les plus manifestes» d'abus de procédure requérant un arrêt des procédures. Je suis également consciente du fait que le juge du procès a conclu que les policiers avaient honnêtement commis une erreur et n'avaient pas agi de mauvaise foi en ne respectant pas leur part du marché. Leur mauvaise compréhension de l'offre du ministère public peut très bien avoir été sincère. Toutefois, je crois fermement que le ministère public a agi de mauvaise foi en inculpant l'accusé de meurtre au premier degré, en dépit du fait qu'il savait que la police avait induit l'appellant en erreur et que, sur la foi totale du «marché» proposé par la police, il en avait rempli sa part. Dans ces circonstances et puisque le ministère public ne s'est pas opposé à ce que les policiers transmettent le «marché» au nom du ministère, il semble très inéquitable et injuste de permettre que le ministère public fasse fi des engagements pris par ses mandataires, et en fasse subir les conséquences à l'appellant. Pour cette raison, je suis d'avis qu'il y a eu violation du principe d'équité fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*, tel que discuté dans mes motifs dans *R. c. S. (R.J.)*. Dans ces circonstances, même si je ne crois pas qu'il s'agisse ici de l'un des «cas les plus manifestes» qui milite en faveur d'un arrêt des procédures, il est à mon avis juste et approprié, au sens du par. 24(1) de la *Charte*, d'obliger le ministère public à remplir sa part du «marché», et que notre Cour substitue à l'actuelle déclaration de cul-

included offence of second degree murder for the present conviction of first degree murder.

III. Disposition

I would dismiss the appeal but would substitute a conviction of second degree murder for the conviction of first degree murder imposed at trial, and return the case to the trial judge for proper sentencing in this respect.

The reasons of Sopinka, Cory Iacobucci and Major JJ. were delivered by

SOPINKA J. — I agree with the reasons and conclusion of Justice Iacobucci but wish to address the point made by my colleague, Justice L'Heureux-Dubé, that the Court has departed from the approach adopted in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, in favour of a rule of automatic exclusion.

The criticism made by my colleague closely parallels the opinion of Professor Paciocco who advocates a more literal and restrictive interpretation of s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. See David M. Paciocco, "The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule" (1990), 32 *Crim. L.Q.* 326. Not surprisingly, commentators no less than the public differ as to the appropriate approach to the exclusion of evidence associated with a violation of a *Charter* right. See, for example, Yves-Marie Morissette, "The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What to Do and What Not to Do" (1984), 29 *McGill L.J.* 521; R. J. Deslisle, "Collins: An Unjustified Distinction" (1987), 56 C.R. (3d) 216; Tim Quigley and Eric Colvin, "Developments in Criminal Law and Procedure: The 1988-89 Term" (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 187; Steven M. Penney, "Unreal Distinctions: The Exclusion of Unfairly Obtained Evidence Under s. 24(2) of the *Charter*" (1994), 32 *Alta. L. Rev.* 782, at p. 800. While Professor Paciocco favours an approach that would be less exclusionary and, in his opinion, more in tune with the views of the

pabilité de meurtre au premier degré une déclaration de culpabilité de l'infraction moindre et incluse de meurtre au deuxième degré.

III. Dispositif

Je rejetterais le pourvoi, mais je substituerais à la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré prononcée au procès une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré, et je renverrais l'affaire au juge du procès afin qu'il prononce la peine appropriée à cet égard.

Version française des motifs des juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE SOPINKA — Je souscris aux motifs et à la conclusion du juge Iacobucci. Je souhaite cependant traiter de l'argument avancé par ma collègue le juge L'Heureux-Dubé selon lequel la Cour s'est écartée de la position adoptée dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, en faveur d'une règle d'exclusion automatique.

La critique formulée par ma collègue suit étroitement l'opinion du professeur Paciocco qui privilégie une interprétation plus littérale et restrictive du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Voir David M. Paciocco, «The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule» (1990), 32 *Crim. L.Q.* 326. Il n'est guère étonnant que les auteurs, comme le public, diffèrent sur la façon d'envisager l'exclusion de la preuve obtenue par suite de la violation d'un droit garanti par la *Charte*. Voir, par exemple, Yves-Marie Morissette, «The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What to Do and What Not to Do» (1984), 29 *R.D. McGill* 521; R. J. Deslisle, «Collins: An Unjustified Distinction» (1987), 56 C.R. (3d) 216; Tim Quigley et Eric Colvin, «Developments in Criminal Law and Procedure: The 1988-89 Term» (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 187; Steven M. Penney, «Unreal Distinctions: The Exclusion of Unfairly Obtained Evidence Under s. 24(2) of the *Charter*» (1994), 32 *Alta. L. Rev.* 782, à la p. 800. Si le professeur Paciocco privilégie une conception qui tendrait moins à l'exclusion et qui, à son avis, serait davantage conforme aux opinions

137

138

139

average Canadian, Steven Penney, in his comprehensive article at p. 810, argues that by focusing on trial fairness, as opposed to the criminal justice system as a whole, we “render individual Canadians more susceptible to invasions of their constitutional rights”.

du Canadien moyen, Steven Penney, à la p. 810 de son article détaillé, fait valoir qu’en axant notre attention sur l’équité du procès plutôt que sur le système de justice criminelle dans son ensemble, [TRADUCTION] «nous exposons davantage chaque Canadien à la violation de ses droits constitutionnels».

140 Both Professor Paciocco and my colleague are of the view that the approach we have taken is out of step with the public mood. Quite apart from the admonitions of Lamer J. (as he then was) in *Collins*, at pp. 281-82, that individual rights are not to be submitted to an adjudication by the majority, there is no accurate assessment of public opinion. Adjusting the approach to *Charter* rights based on public opinion surveys is fraught with difficulties. This can be illustrated by reference to the empirical study to which my colleague refers by A.W. Bryant, M. Gold, H.M. Stevenson and D. Northrup, “Public Attitudes Toward the Exclusion of Evidence: Section 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 1. It purported to show “a significant gap between public and judicial opinion” (p. 45) regarding the application of the *Collins* factors. After publication of that study, a further study by the same authors, “Public Support for the Exclusion of Unconstitutionally Obtained Evidence” (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 555, concluded at p. 557 that “taking into account some of the ambiguity in the case law, the gap between public and judicial opinion may not be that substantial over a broad range of cases”.

Le professeur Paciocco et ma collègue sont tous deux d’avis qu’il y a un décalage entre notre position et l’humeur du public. Mis à part les avertissements du juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l’arrêt *Collins*, aux pp. 281 et 282, portant que les droits individuels ne doivent pas être assujettis à la décision de la majorité, il n’existe aucune évaluation juste de l’opinion publique. Il serait fort difficile de régler notre conception des droits garantis par la *Charte* sur les sondages d’opinion publique. L’étude empirique à laquelle ma collègue renvoie, effectuée par A.W. Bryant, M. Gold, H.M. Stevenson et D. Northrup, «Public Attitudes Toward the Exclusion of Evidence: Section 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1990), 69 *R. du B. can.* 1, le démontre bien. Cette étude visait à démontrer [TRADUCTION] «l’écart important qui sépare l’opinion publique et judiciaire» (p. 45) quant à l’application des facteurs énoncés dans *Collins*. Après la publication de cette étude, les mêmes auteurs ont conclu dans une autre étude, «Public Support for the Exclusion of Unconstitutionally Obtained Evidence» (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 555, à la p. 557, que [TRADUCTION] «compte tenu d’une certaine ambiguïté dans la jurisprudence, l’écart entre l’opinion publique et celle des juges n’est peut-être pas aussi marqué sur une vaste gamme d’affaires».

141 The study concluded with the following warning, at p. 587:

Whatever one’s views on the merits or rationale of the exclusionary rule, our study illustrates the multi-faceted and complex nature of the public’s judgments about admissibility. Levels of support for the exclusion of evidence varied considerably depending upon a number of factors, some of which were case-specific while others were attitudinal and demographic. In this respect, any argument for or against how judges apply section 24(2)

L’étude se termine avec l’avertissement suivant, à la p. 587:

[TRADUCTION] Quoi que l’on pense du bien-fondé ou de la raison d’être de la règle d’exclusion, notre étude illustre la nature complexe et diversifiée de l’opinion du public quant à l’admissibilité. L’ampleur de l’appui à l’exclusion d’éléments de preuve a varié considérablement selon différents facteurs, dont certains étaient pertinents dans une affaire donnée, et d’autres relevaient du comportement et de la démographie. À cet égard, tout argument avancé pour ou contre la façon dont les juges devraient appliquer le par. 24(2), qui se fonde sur une

that relies upon a supposedly monolithic “public opinion” clearly must be rejected. [Emphasis added.]

Had the Court reacted to the first study and altered its approach, the validity of cases decided under the altered approach would have been called into question by the subsequent study. It is for this reason that the test with respect to what could bring the administration of justice into disrepute was stated in *Collins* to be grounded in longer term community values rather than the public passion of the moment. These long-term community values are to be assessed in terms of the views of the hypothetical, reasonable, well-informed and dispassionate person in the community.

R. v. Collins

The jurisprudence of this Court with respect to s. 24(2), subsequent to *Collins*, has generally evolved with due respect for *stare decisis* but also with due regard for the fact that as an early comprehensive statement of principles, it did not purport to be exhaustive or immutable. The key statement of principles in *Collins* is contained in the following passage at pp. 284-85:

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* [[1985] 1 S.C.R. 613] 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 to counsel will generally go to the very fairness of the trial and should generally be excluded.

It is apparent that the words “conscripted against himself through a confession or other evidence

«opinion publique» que l’on dit monolithique, doit manifestement être écarté. [Je souligne.]

Si la Cour avait réagi à la première étude et changé son approche de la question, la validité des affaires résolues suivant cette position modifiée aurait été remise en cause par l’étude subséquente. C’est pour cela que l’arrêt *Collins* dit que le critère relatif à ce qui est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice repose sur des valeurs de la société qui sont plus durables que la passion publique du moment. Ces valeurs durables véhiculées dans la société doivent être évaluées par rapport aux opinions de l’hypothétique personne raisonnable, objective et bien informée.

L’arrêt R. c. Collins

Après l’arrêt *Collins*, la jurisprudence de notre Cour relative au par. 24(2) a généralement évolué dans le respect du *stare decisis* tout en tenant bien compte du fait que ce premier énoncé général de principes n’était pas censé être exhaustif ou immuable. L’énoncé de principes clé dans l’arrêt *Collins* se trouve dans l’extrait suivant des pp. 284 et 285:

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* [[1985] 1 R.C.S. 613] 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.

De toute évidence, l’expression «conscript contre lui-même au moyen d’une confession ou d’autres

142

143

emanating from him" necessitated further definition in subsequent cases.

144

Whether it was ever so intended, it soon became apparent that real evidence and evidence emanating from the accused were not mutually exclusive categories of evidence, and in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, Lamer J. explained at p. 16 that:

... 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.

The rationale for this view is that it is unfair for the Crown to make out its case in whole or in part by the use of evidence that it obtained in breach of the rights of the accused and involving his or her participation. La Forest J. addressed this point in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, stating at p. 553:

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 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. [Emphasis added.]

145

The participation of the accused in providing incriminating evidence involving a breach of *Charter* rights is the ingredient that tends to render the trial unfair as he or she is not under any obligation to assist the Crown to secure a conviction. See *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59, at p. 83. Serious breaches of the *Charter* which do not involve the participation of the accused may result in the exclusion of the evidence under the second branch of the *Collins* test.

preuves émanant de lui» commandait plus ample définition dans des affaires subséquentes.

Que cela ait été voulu ou non, il est rapidement ressorti que la preuve matérielle et la preuve émanant de l'accusé n'étaient pas des preuves mutuellement exclusives, et dans *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, le juge Lamer a expliqué ceci, 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.

Ce point de vue repose sur le principe qu'il est injuste que le ministère public présente une partie ou la totalité de sa preuve au moyen d'éléments de preuve obtenus en violation des droits de l'accusé et exigeant sa participation. Le juge La Forest a traité de ce point dans *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 553:

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. [. . .] 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. [Je souligne.]

La participation de l'accusé qui fournit une preuve incriminante dans le contexte d'une violation de ses droits en vertu de la *Charte* est l'ingrédient qui tend à rendre le procès inéquitable puisque l'accusé n'a aucune obligation d'aider le ministère public à obtenir une déclaration de culpabilité. Voir *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59, à la p. 83. Les graves violations de la *Charte* qui n'impliquent aucune participation de l'accusé peuvent entraîner l'exclusion de la preuve sous le second volet du critère énoncé dans *Collins*.

My colleague accepts the *Collins* test and that its application would satisfy the hypothetical reasonable person. Specifically, she does not criticize the principle that the admission of evidence that would render the trial unfair would bring the administration of justice into disrepute. A fair trial is the *sine qua non* of our justice system and it is hard to conceive of a situation in which it could be said that an unfair trial resulting in a conviction did not depreciate the repute of our system of justice. My colleague's criticism is with respect to the kind of evidence that can result in an unfair trial. In her view, only the admission of evidence that is not reliable by reason of some connection with state action amounting to a *Charter* breach can render the trial unfair (the "reliability principle"). Other state conduct which runs afoul of common law and *Charter* protections is grouped under the "fairness principle". The fairness principle "recognizes the vital importance in ensuring that the state treat each individual in accordance with basic principles of decency and fair play" but violation of the fairness principle cannot render the trial unfair. A violation of the fairness principle may in certain circumstances result in the exclusion of evidence provided that the breach of the *Charter* protection is so serious that its admission would bring the administration of justice into disrepute.

I have great difficulty in appreciating how the application of these two principles as suggested by my colleague constitutes a return to *Collins*. Nowhere in *Collins* is the fairness of the trial equated with the reliability of the evidence. The description used in *Collins* as to the kind of evidence that could render a trial unfair was "a confession or other evidence emanating from him" (p. 284). Leaving aside the words "or other evidence emanating from him", even the admissibility of a "confession" is not determined solely on the basis of reliability. Prior to the *Charter* and at common law, reliability ceased to be the exclusive basis for excluding confessions. See *Rothman v.*

Ma collègue accepte le critère de l'arrêt *Collins* et admet que son application satisfierait l'hypothétique personne raisonnable. Particulièrement, elle ne critique pas le principe suivant lequel l'utilisation de la preuve qui rendrait le procès inéquitable est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Un procès équitable est une condition *sine qua non* de notre système de justice et on peut difficilement imaginer une situation où l'on pourrait soutenir qu'une déclaration de culpabilité prononcée au terme d'un procès inéquitable ne déconsidère pas l'administration de la justice. Les critiques de ma collègue concernent la nature de la preuve qui peut rendre un procès inéquitable. À son avis, seule l'utilisation d'éléments de preuve qui ne sont pas fiables en raison de l'existence d'un lien avec la mesure de l'État qui constitue une violation de la *Charte* peut rendre le procès inéquitable (le «principe de la fiabilité»). Les autres mesures de l'État qui contreviennent aux garanties qu'offrent la common law et la *Charte* sont réunies sous le «principe de l'équité». Le principe de l'équité «reconnaît l'importance vitale de garantir que l'État traite chaque individu conformément aux principes fondamentaux de la décence et du franc-jeu», mais la violation du principe d'équité ne peut rendre le procès inéquitable. La violation du principe de l'équité peut, dans certaines circonstances, entraîner l'exclusion de la preuve si la violation de la garantie offerte par la *Charte* est grave au point que l'utilisation de cette preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

J'ai énormément de difficulté à voir comment l'application de ces deux principes, comme ma collègue le suggère, constitue un retour à l'arrêt *Collins*. Nulle part dans *Collins* l'équité du procès n'est associée à la fiabilité de la preuve. La description dans *Collins* de la catégorie de preuve qui pourrait rendre le procès inéquitable était «une confession ou d'autres preuves émanant de [l'accusé]» (p. 284). Indépendamment des mots «autres preuves émanant de [l'accusé]», même l'admissibilité d'une «confession» n'est pas déterminée uniquement sur le fondement de sa fiabilité. Avant l'avènement de la *Charte*, et en common law, la fiabilité a cessé d'être l'unique motif d'exclusion

The Queen, [1981] 1 S.C.R. 640, *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, especially at p. 207, *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914, at p. 932, and *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402. It could hardly be suggested that exclusion of involuntary confessions did not relate to the fairness of the trial. The reliability principle would, therefore, impose a more restrictive exclusionary rule than that which existed at common law. Its preoccupation with the probative value of the evidence would also appear to be a close relative of the rule in *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272. At page 293, Martland J. stated:

... the exercise of a discretion by the trial judge arises only if the admission of the evidence would operate unfairly. The allowance of admissible evidence relevant to the issue before the court and of substantial probative value may operate unfortunately for the accused, but not unfairly. It is only the allowance of evidence gravely prejudicial to the accused, the admissibility of which is tenuous, and whose probative force in relation to the main issue before the court is trifling, which can be said to operate unfairly.

Wray was widely criticized, has not been followed by this Court and was not the basis for the exclusionary power adopted by the *Charter* in s. 24(2). See Anne McLellan and Bruce Elman, "The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Analysis of Section 24" (1983), 21 *Alta. L. Rev.* 205, at p. 230; Penney, *supra*, at p. 794; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, *per* L'Heureux-Dubé J., at pp. 583-84.

148

It is not accurate to characterize the first branch of the *Collins* test as an automatic rule of exclusion with respect to all self-incriminating evidence. While a finding that admission of illegally obtained evidence would render the trial unfair will result in exclusion, the Court must first conclude that "in all the circumstances" the admission of the evidence would render the trial unfair.

149

R. v. Tremblay, [1987] 2 S.C.R. 435, and *R. v. Mohl*, [1989] 1 S.C.R. 1389, illustrate the kinds of circumstances that can be taken into account to

des confessions. Voir *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, en particulier à la p. 207, *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914, à la p. 932, et *R. c. Sang*, [1980] A.C. 402. On ne peut certainement pas dire que l'exclusion de confessions faites involontairement n'a rien à voir avec l'équité du procès. Le principe de la fiabilité imposerait par conséquent une règle d'exclusion plus stricte que celle qui existait en common law. Le fait que ce principe soit axé sur la valeur probante de la preuve l'apparenterait également à la règle énoncée dans *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, où le juge Martland a écrit, à la p. 293:

... il n'y a lieu pour le juge de première instance d'exercer ce pouvoir discrétionnaire que s'il y est inéquitable de recevoir la preuve. Recevoir une preuve pertinente à la question en litige et de grande force probante peut avoir un effet défavorable à l'accusé, sans être inéquitable. C'est seulement le fait de recevoir une preuve fortement préjudiciable à l'accusé et dont la recevabilité tient à une subtilité, mais dont la valeur probante à l'égard de la question fondamentale en litige est insignifiante, qui peut être considéré comme inéquitable.

L'arrêt *Wray*, fort critiqué, n'a pas été suivi par notre Cour, et il n'est pas à l'origine de l'adoption du pouvoir d'exclusion prévu au par. 24(2) de la *Charte*. Voir Anne McLellan et Bruce Elman, «The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Analysis of Section 24» (1983), 21 *Alta. L. Rev.* 205, à la p. 230; Penney, *loc. cit.*, à la p. 794; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, les motifs du juge L'Heureux-Dubé, aux pp. 583 et 584.

Il est inexact de qualifier le premier volet du critère énoncé dans *Collins* de règle d'exclusion automatique relativement à tous les éléments de preuve auto-incriminants. Si la conclusion que l'utilisation d'éléments de preuve obtenus illégalement rendrait le procès inéquitable entraîne l'exclusion, la Cour doit d'abord conclure qu'«eu égard aux circonstances» l'utilisation des éléments de preuve rendrait le procès inéquitable.

Les arrêts *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435, et *R. c. Mohl*, [1989] 1 R.C.S. 1389, illustrent certaines circonstances dont on peut tenir compte

secure admission of the evidence even in the case of a breach of the right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*.

Discoverability

The discoverability or “but for” test which my colleague criticizes can also be traced to *Collins*. At page 285, Lamer J. stated that, in relation to the factors relating to the fairness of the trial, “[i]t may also be relevant, in certain circumstances, that the evidence would have been obtained in any event without the violation of the *Charter*”. In *R. v. Ross, supra*, in relation to evidence that could be classed as real evidence, he observed that the fairness of the trial would be affected by “the use of any evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused” [emphasis added]. In *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768, at p. 781, my colleague L’Heureux-Dubé J. states:

Pursuant to *Collins, supra*, the admission of evidence that would have been unlikely to have been discovered, had the *Charter* violation not occurred, severely affects the fairness of the trial. On the other hand, if the evidence had been discoverable regardless of the *Charter* violation, the fairness of the trial will not be influenced.

While the Court has not decided the extent to which discoverability is relevant in all aspects of the *Collins* test, it has been applied to admit evidence (*R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138) as well as to exclude evidence (*R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615).

The distinction that was made in *Collins* between real evidence and evidence emanating from the accused was based, at least in part, on the rationale that real evidence (or things) can be discovered without the participation of the accused. They pre-existed the state action which is called into question, and were there to be discovered by investigative means not involving the accused. In a situation such as *R. v. Ross* in which this distinction is blurred, discoverability has been used to

pour obtenir l’utilisation d’éléments de preuve même dans le cas d’une violation du droit à l’assistance d’un avocat, garanti par l’al. 10b) de la *Charte*.

La possibilité de découvrir la preuve

Le critère de la possibilité de découverte ou critère du «n’eût été», que ma collègue critique, peut également être relié à l’arrêt *Collins*. À la p. 285, le juge Lamer écrit ceci en ce qui concerne les facteurs relatifs à l’équité du procès: «[D]ans certaines circonstances, il peut également être pertinent de savoir que les éléments de preuve auraient été obtenus de toute façon sans violation de la *Charte*». Dans l’arrêt *R. c. Ross*, précité, relativement à la preuve qui pourrait être qualifiée de preuve matérielle, il a fait remarquer que l’équité du procès serait compromise par l’«utilisation de tout élément de preuve qu’on n’aurait pas pu obtenir sans la participation de l’accusé» [je souligne]. Dans l’arrêt *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768, à la p. 781, ma collègue le juge L’Heureux-Dubé écrit:

Conformément à l’arrêt *Collins*, précité, l’utilisation d’une preuve qui n’aurait vraisemblablement pas été découverte, n’eût été la violation de la *Charte*, porte gravement atteinte à l’équité du procès. Par ailleurs, si la preuve pouvait être découverte indépendamment de la violation de la *Charte*, l’équité du procès n’en serait pas compromise.

Si la Cour ne s’est pas prononcée sur la pertinence de la possibilité de découverte relativement à tous les aspects du critère énoncé dans l’arrêt *Collins*, on a tenu compte de cet élément pour admettre des éléments de preuve (*R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138) et pour en exclure (*R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615).

La distinction établie dans *Collins* entre la preuve matérielle et la preuve émanant de l’accusé était fondée, du moins en partie, sur le fait que la preuve matérielle (ou les objets) peut être découverte sans la participation de l’accusé. Cette preuve préexistait à l’action contestée de l’État, et pouvait être découverte par des moyens d’enquête ne faisant pas intervenir l’accusé. Dans un cas comme *R. c. Ross*, où cette distinction s’estompe, on a eu recours à la possibilité de découvrir la preuve pour

150

151

152

place the evidence in one or other of these two categories. If the evidence was discoverable without the participation of the accused, then it has the attributes of real evidence. Conversely, evidence that clearly emanates from the accused such as statements has not been subjected to the discoverability analysis. While it can be argued that when an accused has been denied the right to counsel under s. 10(b), an inquiry could be made as to whether the accused would have acted differently had his *Charter* rights been observed, the Court has generally refused to enter into such an inquiry. See *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, at p. 1002; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24, at pp. 43-44; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, at pp. 217-18. Unless the right to counsel is waived by the accused, such a breach generally results in the exclusion of the evidence.

classer la preuve dans l'une ou l'autre de ces deux catégories. Si la preuve pouvait être découverte sans la participation de l'accusé, alors elle présentait les attributs de la preuve matérielle. À l'inverse, la preuve émanant clairement de l'accusé, comme les déclarations, n'a pas été soumise à l'analyse de la possibilité de découverte. On peut soutenir que, lorsqu'est enfreint le droit d'un accusé à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b), on peut se demander si l'accusé aurait agi différemment si ses droits en vertu de la *Charte* avaient été respectés. Toutefois, de façon générale, la Cour a refusé d'effectuer une telle analyse. Voir *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, à la p. 1002; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24, aux pp. 43 et 44; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, aux pp. 217 et 218. Une telle violation entraîne généralement l'exclusion de la preuve, sauf si l'accusé a renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat.

153 Various proposals have been made as to the future direction that this Court should take with respect to s. 24(2). Some would favour an approach that is less exclusionary and others more exclusionary. It has been suggested that the distinction between real and other evidence be eliminated as well as any distinction between the nature of the *Charter* right that has been infringed. See Deslisle, *supra*. It has been proposed that the distinction based on participation of the accused be eliminated, and that discoverability be the main touchstone of admissibility (*R. v. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345, at p. 364). See Quigley and Colvin, *supra*.

Diverses propositions ont été avancées quant à la direction que devrait prendre notre Cour relativement au par. 24(2). Certains préfèrent une conception qui tend moins vers l'exclusion, d'autres une conception qui tend plus vers l'exclusion. On a proposé d'éliminer la distinction entre la preuve réelle et d'autres formes de preuve, ainsi que toute distinction quant à la nature du droit garanti par la *Charte* qui a été violé. Voir Deslisle, *loc. cit.* On a proposé aussi que la distinction fondée sur la participation de l'accusé soit éliminée, et que la possibilité de découvrir la preuve constitue la principale pierre de touche de l'admissibilité (*R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345, à la p. 364). Voir Quigley et Colvin, *loc. cit.*

154 While we have not rushed in to adopt every current theory on the application of s. 24(2), these are serious proposals that have been and should be taken into account in the incremental evolution of the jurisprudence in this area. Accordingly, as my colleague Iacobucci J. points out, the distinction between real and conscriptive evidence is not treated as determinative and greater emphasis has been placed on the discoverability or "but for" test. See *Mellenthin*, *supra*. In my opinion, we should proceed to develop the law relating to s. 24(2) on this basis rather than adopt the new approach advo-

Si nous ne nous sommes pas empressés d'adopter chaque nouvelle théorie sur l'application du par. 24(2), ce sont là des propositions sérieuses qui ont été, et devraient être considérées dans l'évolution de la jurisprudence dans ce domaine. Par conséquent, comme mon collègue le juge Iacobucci le souligne, la distinction entre la preuve matérielle et la preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même n'est pas vue comme déterminante, et on a davantage tenu compte du critère de la possibilité de découvrir la preuve, ou critère du «n'eût été». Voir *Mellenthin*, précité. À mon avis, nous

cated by my colleague L'Heureux-Dubé J. In my view, our approach to date is more consistent with *Collins* and therefore with *stare decisis*. Moreover, I believe it strikes the appropriate balance between a restrictive versus a liberal exclusionary rule, and therefore is more faithful to the values that the *Charter* protects.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J. — I have had the benefit of the reasons of Justices L'Heureux-Dubé, Sopinka and Iacobucci. I consider that those of L'Heureux-Dubé J., read together with the comments of Sopinka J., contribute to a proper understanding of the principles governing the exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I am in agreement with Iacobucci J. that the accused's statement to Ms. Hall is to be excluded as well as the gun and its location, the discovery of which could be made possible by this statement. The making of this statement which recounted the carrying out by the accused of his part of the deal made with the police officers was intimately connected to that deal which was obtained through the highly egregious conduct of the police officers in pressing the accused to confess and systematically undermining the role of defence counsel. This conduct was a *Charter* violation of the most serious kind, bringing into play both the Reliability and the Fairness Principles referred to by L'Heureux-Dubé J. though other evidence served to allay concern as to reliability. The charge of first degree murder is, it is true, one of the most serious known to the criminal law. In the circumstances, however, it is my view that the admission of this evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute in the eyes of a reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances. The evidence should therefore be excluded. The accused must be tried for his crime but without having to face evidence which is the product of egregious police misconduct.

devrions élaborer le droit relatif au par. 24(2) sur ce fondement plutôt que d'adopter la nouvelle position avancée par ma collègue le juge L'Heureux-Dubé. À mon avis, notre position actuelle est plus conforme à l'arrêt *Collins* et, par tant, au *stare decisis*. Par ailleurs, j'estime que notre position établit un juste équilibre entre une règle d'exclusion stricte et une règle d'exclusion généreuse, et qu'elle est donc plus fidèle aux valeurs que la *Charte* protège.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER — J'ai pris connaissance des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et Iacobucci. Je considère que les motifs du juge L'Heureux-Dubé, conjugués aux observations du juge Sopinka, permettent de bien comprendre les principes qui régissent l'exclusion d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je conviens avec le juge Iacobucci qu'il faut écarter la déclaration de l'accusé à Mme Hall, de même que l'arme à feu et l'endroit où elle se trouvait, que celle-ci a permis de découvrir. Cette déclaration, dans laquelle l'accusé a raconté la façon dont il s'était acquitté de sa part du marché avec les policiers, était étroitement liée à ce marché qui a été conclu grâce à l'inconduite très grave dont les policiers ont fait preuve en pressant l'accusé de passer aux aveux et en minant systématiquement le rôle de l'avocat de la défense. Il s'agissait là d'une violation des plus sérieuses de la *Charte*, qui mettait en cause les principes de la fiabilité et de l'équité mentionnés par le juge L'Heureux-Dubé, même si d'autres éléments de preuve permettaient de dissiper des préoccupations quant à la fiabilité. L'accusation de meurtre au premier degré est certes l'une des plus graves que l'on connaisse en droit criminel. Dans les circonstances, toutefois, je suis d'avis que l'utilisation des éléments de preuve en question est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux d'une personne raisonnable, objective et pleinement informée des circonstances. Il y a donc lieu d'écarter ces éléments de preuve. L'accusé doit être jugé pour son crime mais sans avoir à faire face à une preuve obtenue grâce à l'inconduite manifeste des policiers.

156 At the same time, in agreement with the reasons of Iacobucci J., I am not prepared to apply the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The extreme egregious conduct of the police in this case casts a pall on the perception of fairness of the whole trial process and constituted a substantial wrong for which the proper remedy is a new trial. While miscarriage of justice in s. 686(1)(b)(iii) may focus on avoiding conviction of the innocent, substantial wrong (which, I note, does not appear in s. 686(1)(a)(iii)) may be more encompassing.

157 I therefore concur in the disposition of this appeal by Iacobucci J.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting in part.

Solicitor for the appellant: Sheldon Goldberg, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

En même temps, à l'instar du juge Iacobucci, je ne suis pas disposé à appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. L'inconduite très grave de la police en l'espèce ternit l'image d'équité de tout le procès et a causé un tort important qu'il convient de réparer par la tenue d'un nouveau procès. Si l'erreur judiciaire grave, dont il est question au sous-al. 686(1)(b)(iii), peut avoir pour objet d'éviter toute déclaration de culpabilité d'une personne innocente, le tort important (qui, je le souligne, n'est pas mentionné au sous-al. 686(1)(a)(iii)) peut englober davantage.

Je souscris donc à la façon dont le juge Iacobucci statue sur le présent pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente en partie.

Procureur de l'appelant: Sheldon Goldberg, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Antonio Silveira *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SILVEIRA

File No.: 24013.

1994: November 9; 1995: May 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Exigent circumstances — Admissibility of real evidence if search unlawful — Police entering house to protect real evidence while waiting for issuance of search warrant — Search conducted and evidence seized only after warrant issued — Whether or not search and seizure contrary to s. 8 of Charter — If so, whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2) — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 10, 12.

The police arrested appellant during an undercover drug operation which had indicated that a cache of cocaine for trafficking purposes was located in appellant's house. The police delayed obtaining a search warrant for the house until after the arrest in order, they said, not to be accused of presenting stale information to the justice of the peace. To prevent the destruction or the removal of the evidence between the time of the arrest and the arrival of the search warrant, officers attended at appellant's house, knocked, identified themselves, and entered without an invitation with guns drawn. They then checked the premises for weapons, holstered their weapons, confined the occupants to the house and advised them to continue with their activities. The judicial officer issuing the warrant was not informed of the occupation of the house by the police. Cocaine and cash, some of it marked money used by the undercover police

Antonio Silveira *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SILVEIRA

N^o du greffe: 24013.

1994: 9 novembre; 1995: 18 mai.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Situation d'urgence — Admissibilité de la preuve matérielle en cas de fouille ou de perquisition illicite — Entrée de la police dans une maison pour préserver la preuve matérielle en attendant la délivrance d'un mandat de perquisition — Perquisition effectuée et éléments de preuve saisis seulement après la délivrance du mandat — La fouille, la perquisition et la saisie étaient-elles contraires à l'art. 8 de la Charte? — Dans l'affirmative, l'utilisation des éléments de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2) — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 10, 12.

La police a arrêté l'appellant lors d'une opération d'infiltration antidrogue qui a indiqué que de la cocaïne était cachée, à des fins de trafic, au domicile de l'appellant. Les policiers ont attendu pour demander un mandat de perquisition dans la maison que l'arrestation ait été effectuée afin, ont-ils précisé, de ne pas être accusés de présenter des renseignements périmés au juge de paix. Pour empêcher que les éléments de preuve ne soient détruits ou supprimés entre l'arrestation et l'arrivée du mandat de perquisition, des policiers se sont présentés au domicile de l'appellant, ont frappé à la porte, se sont identifiés et sont entrés, arme à la main, sans avoir été invités à le faire. Ils ont ensuite vérifié s'il y avait des armes dans les lieux, ont rengainé leurs armes et ont consigné les occupants dans la maison en leur disant qu'ils pouvaient continuer de vaquer à leurs occupations. L'officier de justice qui a délivré le mandat n'a pas été informé que la police avait investi la maison. La perquisition a permis de découvrir et de saisir de la

to buy cocaine on earlier occasions, were discovered on the search and seized, but no weapons were found.

Appellant, when in police custody, was told that the house had been occupied. He was not allowed to contact his lawyer, however, until he provided police with the combination of the locked bag where the drugs and drug money were found.

The entry into the house was conceded on appeal to be in violation of the s. 8 *Charter* right to freedom from unreasonable search and seizure. Both the trial judge and the Court of Appeal decided that admission of this evidence would not bring the administration of justice into disrepute and was therefore admissible under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. At issue here was whether this determination was wrong.

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

Per Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The warrantless entry by the police to secure the premises and prevent the destruction of evidence was, notwithstanding their good intentions, a form of search which was not authorized by law and infringed the appellant's s. 8 *Charter* rights. No artificial division could be drawn between the entry into the home by the police and the subsequent search of the premises made pursuant to the warrant because the two actions were so intertwined in time and in their nature.

R. v. Kokesch was distinguishable. The illegal entry by the police here was to protect real evidence and was not analogous to the perimeter search conducted in *R. v. Kokesch*, which resulted in the acquisition of enough evidence by the police to obtain a search warrant.

The three primary factors which should guide the consideration of a court in determining whether evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* are: (a) the effect of the admission of the evidence on the fairness of the trial; (b) the seriousness of the *Charter* breach; and (c) the effect of excluding the evidence on the justice system's repute. Findings of the courts below pertaining to s. 24(2) issues should not be overturned absent some apparent error as to applicable prin-

cocaine et de l'argent comptant, dont des billets marqués que le policier en civil avait utilisés pour acheter de la cocaïne, mais aucune arme n'a été trouvée.

On a dit à l'appelant, pendant qu'il était sous la garde de policiers, que son domicile avait été investi. L'appelant n'a toutefois pas été autorisé à communiquer avec son avocat avant d'avoir fourni aux policiers la combinaison du cadenas du sac dans lequel la drogue et l'argent ont été trouvés.

On a reconnu, en appel, que l'entrée dans le domicile de l'appelant violait le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès et la Cour d'appel ont tous deux conclu que l'utilisation de ces éléments de preuve n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et qu'ils étaient, par conséquent, admissibles en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Il s'agit en l'espèce de déterminer si cette décision était erronée.

Arrêt (le juge La Forest est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: L'entrée sans mandat dans les lieux par les policiers, qui voulaient les garder et empêcher la destruction d'éléments de preuve, constituait, malgré les bonnes intentions qui les animaient, une forme de perquisition non autorisée par la loi et portait atteinte aux droits garantis à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte*. Il ne saurait y avoir de distinction artificielle entre l'entrée dans la demeure par la police et la perquisition qu'elle y a ensuite effectuée conformément au mandat, du fait que ces deux activités étaient si étroitement liées dans le temps et par leur nature.

Une distinction pouvait être faite d'avec l'arrêt *R. c. Kokesch*. Dans le présent cas, l'entrée illégale des policiers avait pour but de préserver des éléments de preuve matérielle et n'était pas analogue à la perquisition périphérique effectuée dans l'affaire *R. c. Kokesch* qui a permis à la police de recueillir suffisamment d'éléments de preuve pour obtenir un mandat de perquisition.

Les trois principaux facteurs qui devraient guider le tribunal appelé à déterminer s'il y a lieu d'écarter les éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte* sont les suivants: a) l'incidence de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès, b) la gravité de la violation de la *Charte*, et c) l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit le système de justice. Les conclusions tirées par les tribunaux d'instance inférieure, quant à des questions relatives au par. 24(2), ne

ciples or rules of law or unless those findings are unreasonable.

Section 24(2) of the *Charter* should not be used as a matter of course to excuse conduct which has in the past been found to be unlawful. The entry and search of a dwelling-house without a warrant is a very serious breach of the *Narcotic Control Act* and the historic inviolability of a dwelling-house. In the future, even if such exigent circumstances exist, the evidence would likely be found inadmissible under s. 24(2).

Here, the evidence seized as a result of the search was real evidence that existed in the appellant's residence. It would inevitably have been discovered in a search of those premises. Its admission cannot conceivably be thought to affect the fairness of the trial adversely.

For the police to enter a dwelling-house without a warrant flies in the face of the provisions of the *Narcotic Control Act* and denies the historical and fundamental importance of a person's home. Yet, exigent circumstances did exist: the nature of the crime, the public arrests near the dwelling-house and the belief by the police that they needed to enter the house in order to preserve the evidence while they awaited the search warrant which they believed to be on the way. The *Charter* violation was rendered less serious in light of the particular facts of this case.

If the urgent emergency circumstances are such that the police are required to enter a dwelling without a warrant to preserve evidence, the question as to whether or not the serious nature of the breach would render the evidence obtained in a subsequent search inadmissible will have to be carefully considered on a case-by-case basis. Such evidence will in future be admitted only in rare cases. It would be preferable for the police to obtain a search warrant prior to the arrest even if it was on more limited information. An explanation to the trial court concerning the need for speed in searching the premises may often satisfactorily answer any allegations that the warrant is so stale-dated as to be ineffective. Now the police may be able to obtain a search warrant by telephone by making use of s. 487.1 of the *Criminal Code*.

Drug trafficking is a serious crime and the evidence seized was vital to the proof of the case against the

devraient être écartées que s'il y a eu une erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables, ou une conclusion déraisonnable.

Le paragraphe 24(2) de la *Charte* ne devrait pas servir automatiquement à excuser une conduite qui, dans le passé, a été jugée illégale. L'entrée et la perquisition sans mandat dans une maison d'habitation constituent une violation très grave de la *Loi sur les stupéfiants* et de l'inviolabilité historique de la demeure. À l'avenir, même en présence d'une telle situation d'urgence, la preuve serait probablement jugée inadmissible en vertu du par. 24(2).

En l'espèce, la preuve saisie grâce à la perquisition était une preuve matérielle qui se trouvait dans la résidence de l'appelant. Elle aurait inévitablement été découverte au cours d'une perquisition des lieux. Il est inconcevable que son utilisation risque de compromettre l'équité du procès.

L'entrée sans mandat par la police dans une maison d'habitation contrevient aux dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* et constitue une dénégation de l'importance historique et fondamentale de la demeure d'une personne. Cependant, il existait une situation d'urgence à cause de la nature du crime, des arrestations effectuées en public près de la maison d'habitation et du fait que la police croyait nécessaire d'entrer dans la maison d'habitation pour préserver les éléments de preuve en attendant la délivrance du mandat de perquisition qu'elle pensait recevoir sous peu. La violation de la *Charte* était moins grave à la lumière des faits particuliers de la présente affaire.

Dans les cas où l'urgence est telle que la police doit entrer sans mandat dans une maison d'habitation pour préserver des éléments de preuve, il faudrait examiner soigneusement, dans chaque cas, si la gravité de la violation rendrait inadmissibles les éléments de preuve obtenus au cours d'une perquisition ultérieure. À l'avenir, une telle preuve ne sera admise que dans de rares cas. Il serait préférable que la police obtienne un mandat de perquisition avant de procéder à une arrestation, même s'il se fondait sur des renseignements plus limités. Il peut souvent suffire de donner au tribunal de première instance une explication de la nécessité de perquisitionner sans délai pour contrer toute allégation que le mandat est périmé au point d'être inefficace. Maintenant, les policiers sont en mesure d'obtenir un mandat de perquisition par téléphone grâce aux dispositions de l'art. 487.1 du *Code criminel*.

Le trafic de stupéfiants est un crime grave et les éléments de preuve saisis étaient essentiels à la preuve qui

appellant. The admission of the evidence would not have an adverse effect upon the reputation of the administration of justice.

Per L'Heureux-Dubé J.: No violation of s. 8 of the *Charter* occurred given the exigent circumstances. The police not only had reasonable and probable cause for the arrest of the appellant but also had reasonable and probable grounds to believe that they would find drugs in his house. The police acted reasonably upon entry of the premises and were not found to have acted in bad faith. Moreover, the search of the premises did not start, nor was one attempted, before a search warrant was obtained. In fact, the police entered the appellant's dwelling-house not for the purpose of searching for narcotics but rather for securing the premises while awaiting a search warrant.

Concessions of law are not binding on courts. The concession made here, that the entry infringed s. 8 of the *Charter*, was unacceptable and constituted an error of law. Exigent circumstances, both under the common law and under the *Charter*, constitute an exception to the ancient maxim "a man's home is his castle" which underlies the finding of a serious s. 8 *Charter* violation. The Crown bears the onus of demonstrating that exigent circumstances justified the entry by the police.

An inquiry into the common law is required in this regard because s. 10 of the *Narcotic Control Act* neither eliminates the common law exceptions relative to exigent circumstances nor deals with entries into private dwellings under exigent circumstances. Neither s. 10 nor the common law precludes warrantless police entries in exigent circumstances. A warrantless entry into a private dwelling, be it under the common law or under the *Charter*, requires lawful justification and the exigent circumstances that were clearly found to have existed justified the entry here. The entry accordingly did not infringe s. 8 of the *Charter*.

A lower expectancy of privacy exists in the workplace. The level of expectation of privacy in the context of the business of trafficking in drugs is no different from that of a legitimate business, whether it be conducted from the home or on business premises. The *Charter* was not intended to protect blindly privacy interests claimed in the context of criminal activities played out within one's home. Given his criminal activi-

pesait contre l'appellant. L'utilisation de la preuve n'aurait pas pour effet de déconsidérer l'administration de la justice.

Le juge L'Heureux-Dubé: Compte tenu de l'existence d'une situation d'urgence, il n'y a eu aucune violation de l'art. 8 de la *Charte*. La police avait des motifs raisonnables et probables non seulement d'arrêter l'appellant, mais aussi de croire qu'elle trouverait de la drogue dans sa demeure. Elle a agi raisonnablement en pénétrant dans les lieux et on n'a pas jugé qu'elle avait agi de mauvaise foi. Par ailleurs, la perquisition dans les lieux n'a pas été effectuée et on n'a pas tenté d'y procéder avant l'obtention d'un mandat de perquisition. En fait, la police est entrée dans la maison privée de l'appellant non pas pour y effectuer une perquisition en vue de trouver des stupéfiants, mais bien pour garder les lieux en attendant la délivrance d'un mandat de perquisition.

Les admissions de droit ne lient pas les tribunaux. L'admission, en l'espèce, que l'entrée violait l'art. 8 de la *Charte* était inacceptable et constituait une erreur de droit. Tant en vertu de la common law que de la *Charte*, l'existence d'une situation d'urgence constitue une exception à la maxime ancienne selon laquelle «la maison d'une personne est son château», qui sous-tend la conclusion à l'existence d'une grave violation de l'art. 8 de la *Charte*. Il appartient au ministère public de prouver qu'il existait une situation d'urgence justifiant l'entrée de la police.

Il faut examiner les principes de common law applicables à cet égard parce que l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants* n'élimine pas les exceptions de la common law relatives aux situations d'urgence et ne traite pas de l'entrée dans une maison privée en cas d'urgence. Ni l'art. 10 ni la common law n'empêchent la police d'entrer sans mandat dans une maison d'habitation, en cas d'urgence. Une entrée sans mandat dans une maison privée, que ce soit en vertu de la common law ou de la *Charte*, nécessite une justification légitime et la situation d'urgence, dont on a nettement conclu à l'existence, justifiait l'entrée effectuée en l'espèce. Par conséquent, cette entrée ne contrevenait pas à l'art. 8 de la *Charte*.

Les attentes en matière de vie privée sont moindres dans des lieux de travail. Les attentes en matière de vie privée dans le contexte du commerce de stupéfiants ne sont pas différentes de celles qui existent dans le cadre d'une entreprise légitime exploitée dans une demeure ou dans des locaux commerciaux. La *Charte* ne vise pas à protéger aveuglément les droits en matière de vie privée revendiqués dans le contexte d'activités criminelles qui

ties, the accused had an objectively low expectation of privacy within his dwelling.

If a *Charter* violation had occurred, the evidence should not be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Per La Forest J. (dissenting): The Crown properly conceded that the appellant's constitutional right to be secure against an unreasonable search and seizure had been breached. The very statute the police were attempting to enforce made it abundantly clear that the police may only enter a dwelling "under authority of a warrant" issued by a justice. It thus violated s. 8 of the *Charter*. The police action of securing the entire household constituted a search, or at the very least, a seizure. It is difficult to see on what authority the police could hold the occupants of the house under "house arrest" in their own home with or without a search warrant and they had no reasonable grounds to believe any of them were involved in the crime under investigation.

The distinction between the initial police entry to secure the house and the subsequent search after the search warrant was granted and produced at the house is unrealistic. The seizure of the house and the ensuing search were part of a single operation aimed at finding evidence to confirm the previously monitored drug transactions.

The objective expectation of privacy of the appellant was high. The fact that one is not home does not reduce but rather reinforces the notion that the police cannot be permitted unauthorized powers of entry. More than the opportunity to destroy the evidence was lost — appellant, and society, lost the security guaranteed by the *Charter* that the police will not invade a private house without conforming to the established law.

Absent clear statutory language, the police have no power to enter a dwelling-house to conduct a search without a warrant. The search therefore violated both the s. 10 of the *Narcotic Control Act* and s. 8 of the *Charter*.

se déroulent à l'intérieur de la demeure d'une personne. Vu les activités criminelles auxquelles il se livrait, l'accusé ne pouvait avoir que de faibles attentes en matière de vie privée à l'intérieur de sa demeure.

S'il y avait eu une violation de la *Charte*, les éléments de preuve ne devraient pas être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Le juge La Forest (dissident): Le ministère public a reconnu à juste titre qu'il y avait eu violation du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives qui est garanti à l'appellant par la Constitution. La loi même que les policiers essayaient d'appliquer indique très clairement que, pour qu'un policier puisse entrer dans une maison d'habitation, «il lui faut un mandat de perquisition» décerné à cette fin par un juge de paix. L'entrée contrevenait donc à l'art. 8 de la *Charte*. L'action de la police, consistant à mettre sous garde toute la maisonnée, constituait une perquisition ou, tout au moins, une saisie. Il est difficile de voir ce qui permettait aux policiers de «détenir à domicile» les occupants dans leur propre maison, avec ou sans mandat de perquisition, et ils n'avaient aucun motif raisonnable de croire que l'une ou l'autre de ces personnes était, de quelque manière que ce soit, mêlée au crime sur lequel ils enquêtaient.

La distinction entre l'entrée initiale des policiers pour garder la maison et la perquisition qui y a été ensuite effectuée une fois le mandat de perquisition décerné et produit à la maison n'est pas réaliste. La mise sous saisie de la maison et la perquisition qui a suivi faisaient partie d'une seule et même opération destinée à trouver des éléments de preuve qui confirmeraient les opérations antérieures dont les policiers avaient surveillé le déroulement.

Les attentes objectives de l'appellant en matière de vie privée étaient élevées. Le fait qu'une personne soit absente de son domicile renforce, au lieu de l'atténuer, l'idée que la police ne peut pas se servir de ses pouvoirs pour y pénétrer sans y avoir été autorisée. C'est davantage que l'occasion de détruire des éléments de preuve qui a été perdue — l'appellant et la société ont perdu l'assurance, garantie par la *Charte*, que la police n'investira pas nos foyers sans se conformer à la règle de droit établie.

En l'absence de dispositions législatives claires, la police n'est pas habilitée à entrer dans une maison d'habitation pour y effectuer une perquisition sans mandat. Par conséquent, la perquisition violait à la fois l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants* et l'art. 8 de la *Charte*.

The presence of exigent circumstances was not a relevant consideration under s. 8. Urgent situations may, along with other circumstances, be considered in assessing the seriousness of the *Charter* breach in the course of considering whether evidence gathered as a result of such breach should be admitted into evidence under s. 24(2) of the *Charter* but an examination under that provision presupposes a *Charter* breach. The "exigent circumstances" here arose solely out of the manner in which the police chose to structure the operation; they created their own.

The findings of the courts below regarding s. 24(2) issues are ordinarily accorded considerable deference. That is not so, however, where such findings flow from errors in the applicable principles.

There was a sufficient temporal connection between the warrantless search and the evidence ultimately obtained to require an analysis under s. 24(2) of the *Charter*. The *Charter* violation occurred in the course of obtaining the evidence. The initial entry, the seizure of the house and its occupants and the finding of the evidence can only be seen as part of one continuous transaction.

A number of criteria can 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. These are frequently grouped as: (1) those affecting the fairness of the trial; (2) those relating to the seriousness of the *Charter* violation; and (3) those relating to the effect on the reputation of justice. The evidence should be rejected if its admission would result in an unfair trial. It may also be rejected if the breach is serious even without causing the trial to be unfair. The most important criteria in this case concern the good faith of the police, the circumstances of urgency, and the availability of other investigative techniques.

At best, without engaging in an *ex post facto* analysis, it can be assumed that the evidence would probably have been found. While the admission of the real evidence of the cocaine and drug money would be unlikely to affect the fairness of the trial, buttressing this conclusion with hindsight is indicative of precarious logic.

L'existence d'une situation d'urgence ne constituait pas un facteur pertinent en vertu de l'art. 8. La situation d'urgence est l'un des facteurs dont on peut tenir compte pour apprécier la gravité de la violation de la *Charte* afin de déterminer si les éléments de preuve obtenus à la suite d'une telle violation devraient être admis en vertu du par. 24(2) de la *Charte*; toutefois, un examen fondé sur cette disposition présuppose l'existence d'une violation de la *Charte*. La «situation d'urgence» n'a découlé, en l'espèce, que de la manière dont les policiers ont choisi d'organiser leur opération: ils ont créé leur propre situation d'urgence.

Habituellement, on fait preuve de beaucoup de retenue à l'égard des conclusions des tribunaux d'instance inférieure sur des questions concernant le par. 24(2). Ce n'est toutefois pas le cas lorsque ces conclusions découlent d'erreurs dans les principes applicables.

Il y avait, entre la perquisition sans mandat et les éléments de preuve finalement obtenus, un lien temporel suffisant pour nécessiter une analyse fondée sur le par. 24(2) de la *Charte*. La violation de la *Charte* a été commise en recueillant les éléments de preuve. L'entrée initiale, la mise sous saisie de la demeure et de ses occupants, et la découverte des éléments de preuve ne peuvent être considérées que comme des éléments d'une seule opération continue.

Un certain nombre de critères peuvent être examinés pour déterminer s'il convient d'écarter les éléments de preuve obtenus en violation d'un droit garanti par la *Charte*, pour le motif que leur utilisation tend à déconsidérer l'administration de la justice. Ces critères sont fréquemment regroupés de la manière suivante: (1) ceux qui portent atteinte à l'équité du procès, (2) ceux qui se rapportent à la gravité de la violation de la *Charte*, et (3) ceux qui se rapportent à l'effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Les éléments de preuve devraient être rejetés si leur utilisation devait entraîner un procès inéquitable. Ils peuvent également l'être lorsque la violation est grave même si elle ne rend pas le procès inéquitable. Les critères les plus importants, en l'espèce, concernent la bonne foi de la police, la situation d'urgence et la possibilité de recourir à d'autres méthodes d'enquête.

Au mieux, sans s'engager dans une analyse après coup, on peut présumer que les éléments de preuve auraient probablement été découverts. Même si l'utilisation de la preuve matérielle que constituent la cocaïne et l'argent tiré de la vente de drogue ne porterait probablement pas atteinte à l'équité du procès, préconiser cette conclusion rétrospectivement traduit une logique fragile.

The right to privacy in one's home is one of a fundamental nature and was seriously breached by the police when they entered without a warrant. The exceptional and rare indicia that might permit the admission of evidence obtained through such a breach are not present.

The trial judge made no finding that the police acted in good faith, and considerable evidence indicates the contrary. The officers seemed, at best, ill-informed about the extent of their authority and ought to have known both that a warrantless entry was "highly unorthodox" and that the *Charter* guaranteed the right to be secure from unwarranted police entry. Their conduct was so lax to be unacceptable. The manner in which the police procured the warrant is open to serious criticism in that information about the police occupation of the house should not have been withheld from the judicial officer issuing the warrant. The seriousness of the breach was further exacerbated by the attempt by police to have the appellant incriminate himself while he was in custody and had not yet had an opportunity to speak to a lawyer. By informing the appellant that police were inside his house in order to solicit a confession or further evidence to buttress the warrant they had yet to acquire, the police unacceptably manipulated the fears and concerns of the appellant for the members of his family who were present in the house. The denial of the appellant's right to telephone counsel from the time of his arrival at the police station until after he had provided the combination to the locked gym bag containing the cocaine and drug money was yet another component in a continuing pattern of disregard for the rights of the appellant.

A reasonable way of proceeding with the request for the warrant would have been to alert the issuing justice before the arrests that additional information relevant to the proposed search might be gained during the apprehension of the suspects. The police would then supply this information to the justice as soon as possible. Absent true exigent circumstances, the *Narcotic Control Act* and the *Charter* mandate that it is the only way to proceed. This conclusion is reinforced by Parliament's provision in the *Criminal Code* for telewarrants. The fact that the police had available permissible and practical techniques for conducting their investigation in conformity with the *Charter*, but chose instead to sequence their operations in a manner that seriously offended fundamental liberty interests, further exacerbates the severity of the *Charter* breach. The cumulative evidence of a poorly managed operation, a glaring pattern of disregard

Le droit à la vie privée d'une personne qui se trouve dans son domicile est fondamental et les policiers y ont gravement porté atteinte lorsqu'ils ont effectué leur entrée sans mandat. Les indices rares et exceptionnels qui pourraient permettre d'utiliser la preuve obtenue grâce à cette violation ne sont pas présents.

Le juge du procès n'a pas conclu que les policiers avaient agi de bonne foi et de nombreux éléments de preuve indiquent le contraire. Les policiers qui, le mieux qu'on puisse dire, semblaient mal renseignés au sujet de l'étendue de leur pouvoir auraient dû savoir qu'une entrée sans mandat était «tout à fait inhabituelle» et que la *Charte* garantissait le droit à la protection contre les entrées sans mandat de la police. Le comportement des policiers était relâché au point d'être inacceptable. On peut formuler de sérieuses critiques sur la manière dont les policiers ont obtenu le mandat étant donné qu'ils n'auraient pas dû cacher à l'officier de justice qui l'a décerné que d'autres policiers avaient déjà investi le domicile en cause. En essayant de faire en sorte que l'appellant s'incrimine lui-même pendant qu'il était détenu et qu'il n'avait pas encore eu l'occasion de parler à un avocat, la police a aggravé davantage la violation commise. En indiquant à l'appellant que des policiers étaient chez lui pour l'amener à avouer ou pour obtenir d'autres éléments de preuve à l'appui de la demande de mandat, la police s'est servie, d'une manière inacceptable, des craintes et des inquiétudes de ce dernier au sujet des membres de sa famille qui étaient à son domicile. Le refus de permettre à l'appellant de téléphoner à un avocat comme il en avait le droit, depuis son arrivée au poste de police jusqu'à ce qu'il ait fourni la combinaison du cadenas du sac de sport contenant la cocaïne et l'argent, est un autre aspect du mépris systématique des droits de l'appellant.

Une façon raisonnable de demander le mandat aurait consisté à informer le juge de paix, avant les arrestations, qu'il se pourrait que l'on obtienne, lors de l'appréhension des suspects, des renseignements additionnels pertinents quant à la perquisition projetée, et que la police les lui fournirait dès que possible. La *Loi sur les stupéfiants* et la *Charte* prévoient qu'il s'agit de la seule manière de procéder en l'absence d'une véritable situation d'urgence. Cette conclusion est renforcée par la disposition en matière de télémandats que le législateur a incluse dans le *Code criminel*. Le fait que les policiers pouvaient recourir à d'autres méthodes acceptables et pratiques pour effectuer leur enquête conformément à la *Charte*, mais qu'ils ont plutôt choisi d'enchaîner leurs opérations d'une manière qui portait gravement atteinte aux droits fondamentaux à la liberté, aggrave davantage la violation de la *Charte*. La preuve cumulative d'une

for *Charter*-protected interests and an ignorance of the necessity to apprise a judicial officer fully of all relevant information when seeking a warrant were striking.

Urgency is a factor affecting the seriousness of the *Charter* breach to be weighed under s. 24(2) of the *Charter*. Here, the exigency existed as the direct result of the manner in which the police chose to structure their operation. The police could have sought a warrant before the take-down but instead created their own exigency in their sequencing of the arrests. Public arrests are not an unusual occurrence justifying a claim of exigent circumstances.

The attempt to link drugs automatically to the possible presence of firearms so as to ground a claim of exigent circumstances as justification for pre-warrant securing of premises should be resisted. Officers who enter a house without a warrant cannot be in a better position to ensure their safety than if they enter with a warrant. A general suspicion that firearms may be present should not be used to bolster a claim of urgency.

The illicit drug trade is odious and poses a grave threat to society. All reasonable steps must therefore be taken to eradicate it. But the desirability of these efforts, no matter how grave the threat, cannot make the courts deviate from their high duty to ensure that those who wield power on behalf of the state do so within the limits of the *Charter*. To consider constitutional guarantees as bothersome technicalities is far more destructive in the long term than the momentary evil sought to be prevented. The evidence of the drugs and money must be excluded. To apply a less exacting standard concerning the exclusion of evidence for crimes involving drugs than for other offences would not enhance the reputation of justice.

The concept of exigent circumstances allows the courts, on rare occasions, to permit the admission of evidence despite its being obtained through a breach of the *Charter*. That uncommon departure cannot be permitted to operate where it is feasible to obtain prior judicial authorization for a search. To expand exigent circumstances to include police created emergencies, whether arising from bad faith or gross ineptitude, is to under-

opération mal dirigée, un mépris systématique flagrant des droits garantis par la *Charte* et une ignorance de la nécessité de fournir à l'officier de justice tous les renseignements pertinents lors de la présentation d'une demande de mandat étaient frappants.

L'urgence est un facteur qui influe sur la gravité de la violation de la *Charte* qu'il faut apprécier en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. En l'espèce, la situation d'urgence découlait directement de la manière dont les policiers ont organisé leur opération. Les policiers auraient pu demander un mandat avant la descente, mais ils ont plutôt créé leur propre situation d'urgence en procédant comme ils l'ont fait aux arrestations. Les arrestations en public ne sont pas un fait rare qui permet d'invoquer une situation d'urgence.

Il y a lieu de repousser la tentative de relier automatiquement la drogue à la présence éventuelle d'armes à feu de manière à pouvoir invoquer une situation d'urgence justifiant la garde des lieux avant la délivrance du mandat. Les policiers qui entrent sans mandat dans une maison ne sauraient être mieux en mesure d'assurer leur sécurité que s'ils y entrent munis d'un mandat. On ne devrait pas invoquer des soupçons généraux sur la présence possible d'armes à feu pour faire valoir qu'il y a urgence.

Le commerce illicite de la drogue est odieux et représente une menace grave pour la société. Il faut donc prendre toutes les mesures raisonnables pour l'enrayer. Mais l'utilité de ces efforts, peu importe la gravité de la menace, ne saurait amener les tribunaux à déroger à leur important devoir d'assurer que les personnes qui exercent un pouvoir au nom de l'État le fassent dans les limites fixées par la *Charte*. Considérer les garanties constitutionnelles comme des formalités ennuyeuses est beaucoup plus destructeur à long terme que le mal momentané que l'on cherche à prévenir. Les éléments de preuve constitués de la drogue et de l'argent doivent être exclus. L'application, en matière d'exclusion d'éléments de preuve, d'une norme moins stricte dans le cas de crimes où il est question de drogue, que dans celui d'autres infractions, ne contribuerait pas à améliorer la considération dont jouit l'administration de la justice.

Le concept de la situation d'urgence permet aux tribunaux, dans de rares cas, d'autoriser l'utilisation d'éléments de preuve même s'ils ont été obtenus grâce à une violation de la *Charte*. Cette dérogation singulière ne saurait s'appliquer lorsqu'il est possible d'obtenir une autorisation judiciaire préalable pour une perquisition. Élargir cette notion de manière à inclure les situations d'urgence créées par la police, que celles-ci soient le

mine seriously the requirement that judicial authorization is required before an entry onto private premises can be made. The long term impact of allowing police practices creating exigent circumstances where minimal foresight could have avoided them dictates that the evidence in this case must be excluded. To admit this evidence would bring the administration of justice into disrepute; it must be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984); *United States v. Mabry*, 809 F.2d 671 (1987); **distinguished:** *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; **referred to:** *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980.

By L'Heureux-Dubé J.

Considered: *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145; *R. v. Macooh*, [1993] 2 S.C.R. 802; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97; **distinguished:** *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2; **referred to:** *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91, 77 E.R. 194; *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633; *Texas v. Brown*, 103 S.Ct. 1535 (1983); *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984); *United States v. Edwards*, 602 F.2d 458 (1979); *Commonwealth v. Amaral*, 450 N.E.2d 656 (1983); *United States v. Mabry*, 809 F.2d 671 (1987); *United States v. Riley*, 968 F.2d 422 (1992); *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash*, [1994] 2 S.C.R. 406; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419.

By La Forest J. (dissenting)

R. v. McKinlay Transport Ltd., [1990] 1 S.C.R. 627; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91, 77

résultat de la mauvaise foi ou d'une sottise grave, revient à miner sérieusement l'exigence d'obtenir une autorisation judiciaire pour pouvoir entrer dans une propriété privée. Les éléments de preuve doivent être exclus en l'espèce en raison de l'effet à long terme qui résulterait si on permettait à la police de recourir à des pratiques qui créent une situation d'urgence alors qu'un minimum de prévoyance aurait pu permettre de l'éviter. L'utilisation de ces éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice; ils doivent être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *Segura c. United States*, 468 U.S. 796 (1984); *United States c. Mabry*, 809 F.2d 671 (1987); **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés:** *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts examinés: *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145; *R. c. Macooh*, [1993] 2 R.C.S. 802; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97; **distinction d'avec l'arrêt:** *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2; **arrêts mentionnés:** *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91, 77 E.R. 194; *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633; *Texas c. Brown*, 103 S.Ct. 1535 (1983); *Segura c. United States*, 468 U.S. 796 (1984); *United States c. Edwards*, 602 F.2d 458 (1979); *Commonwealth c. Amaral*, 450 N.E.2d 656 (1983); *United States c. Mabry*, 809 F.2d 671 (1987); *United States c. Riley*, 968 F.2d 422 (1992); *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419.

Citée par le juge La Forest (dissident)

R. c. McKinlay Transport Ltd., [1990] 1 R.C.S. 627; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91, 77

E.R. 194; *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *United States v. Santana*, 427 U.S. 38 (1976); *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984); *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960); *R. v. Young* (1993), 79 C.C.C. (3d) 559.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487.1 [ad. c. 27 (1st Supp.), s. 69].
Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 4(1), (2), 10 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 199], 12.
 United States Constitution, Fourth Amendment.

Authors Cited

Halsbury's Laws of England, vol. 10, 3rd ed. London: Butterworths, 1955.
 Hentoff, Nat. "Profiles: The Constitutionalist", *The New Yorker*, March 12, 1990, 45.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 16 O.R. (3d) 786, 88 C.C.C. (3d) 61, 69 O.A.C. 296, 20 C.R.R. (2d) 161, dismissing an appeal from conviction by Ewaschuk J. Appeal dismissed, *La Forest J.* dissenting.

Paul B. Rosen, for the appellant.

Robert W. Hubbard and *Scott K. Fenton*, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

¹ LA FOREST J. (dissenting) — This appeal concerns the sanctity of the home against state intrusion. In particular, it deals with whether exigent

E.R. 194; *Entick c. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *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. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Olmstead c. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *United States c. Santana*, 427 U.S. 38 (1976); *Segura c. United States*, 468 U.S. 796 (1984); *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *Elkins c. United States*, 364 U.S. 206 (1960); *R. c. Young* (1993), 79 C.C.C. (3d) 559.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487.1 [aj. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 69].
 Constitution des États-Unis, Quatrième amendement.
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 4(1), (2), 10 [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 199], 12.

Doctrine citée

Halsbury's Laws of England, vol. 10, 3rd ed. London: Butterworths, 1955.
 Hentoff, Nat. «Profiles: The Constitutionalist», *The New Yorker*, March 12, 1990, 45.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 16 O.R. (3d) 786, 88 C.C.C. (3d) 61, 69 O.A.C. 296, 20 C.R.R. (2d) 161, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Ewaschuk. Pourvoi rejeté, le juge *La Forest* est dissident.

Paul B. Rosen, pour l'appelant.

Robert W. Hubbard et *Scott K. Fenton*, pour l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident) — Le présent pourvoi concerne l'inviolabilité du domicile contre les intrusions de l'État. Il porte, en particulier, sur

circumstances will permit the police to enter a dwelling-house to search for narcotics before first obtaining a judicially authorized search warrant. It also raises the issue whether, in the circumstances of this case, evidence obtained pursuant to a warrant but following a warrantless entry should be rejected under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as bringing the administration of justice into disrepute, and in particular the role exigent circumstances may play in that determination.

Facts

A proper appreciation of the issues in this case requires a meticulous examination of the facts. The appellant, Antonio Silveira, was charged with having in his possession a narcotic for the purpose of trafficking, contrary to s. 4(1) and (2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1. With a view to establishing this offence, the police entered the home of the appellant and his family, without a search warrant, to secure evidence they feared might otherwise be destroyed. They placed the occupants of the house, the appellant's mother, father, two brothers, sister, and two small children, under "house arrest" for an hour and a quarter while a search warrant was obtained. This is the principal, but by no means the only police conduct, that gives rise to concern in this appeal.

On September 10, 14 and 18, 1990, an undercover police officer made three separate purchases of cocaine from a co-accused, Daniel Scinocco, at a community centre in Trinity Park, Toronto. The police paid cash in advance for each purchase. On each occasion Scinocco was seen making contact with the appellant. The appellant was then observed being driven by another co-accused, Antonio Barbosa, to 486 Dufferin Street, the residence of the appellant's family. The appellant would enter the house and leave after a short time to meet Scinocco. Each time, Scinocco returned to

la question de savoir si une situation d'urgence permet à des policiers d'entrer dans une maison d'habitation pour y chercher des stupéfiants sans avoir préalablement obtenu un mandat judiciaire les autorisant à y effectuer une perquisition. Il soulève aussi la question de savoir si, dans les circonstances de la présente affaire, les éléments de preuve obtenus conformément à un mandat, mais à la suite d'une entrée sans mandat, devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'ils déconsidèrent l'administration de la justice, et, en particulier, quel rôle peut jouer une situation d'urgence dans cette décision.

Les faits

Pour bien comprendre les questions en litige en l'espèce, il faut examiner minutieusement les faits. L'appelant, Antonio Silveira, a été accusé de possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le trafic, en violation des par. 4(1) et 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1. Dans le but d'établir cette infraction, les policiers sont entrés sans mandat au domicile de l'appelant et de sa famille afin de préserver des éléments de preuve qui, craignaient-ils, pourraient autrement être détruits. Ils ont «détenu à domicile», pendant une heure et quinze minutes, les occupants de la maison, soit la mère de l'appelant, son père, deux frères, une sœur et deux jeunes enfants, en attendant d'obtenir un mandat de perquisition. C'est là l'élément principal, mais nullement le seul, du comportement des policiers qui suscite des inquiétudes en l'espèce.

Les 10, 14 et 18 septembre 1990, un policier en civil a effectué trois achats de cocaïne à un coaccusé, Daniel Scinocco, dans un centre communautaire de Trinity Park, à Toronto. Le policier payait ses achats en argent comptant et d'avance. À chaque occasion, on a vu Scinocco communiquer avec l'appelant. On a ensuite vu un autre coaccusé, Antonio Barbosa, conduire l'appelant à sa résidence familiale au 486, rue Dufferin. L'appelant entra chez lui et en ressortait peu après pour aller rejoindre Scinocco. Chaque fois, Scinocco est retourné à l'endroit où se trouvait le policier en

2

3

the location of the undercover officer and gave him approximately 25 grams of cocaine in rock form.

4 At 5:00 p.m., September 18, 1990, two police surveillance teams held a meeting to discuss an imminent "take-down" of the drug trafficking organization. The operation was headed by veteran police officers, who were familiar with the procedural requirements of search warrants and had experience with the difficulties involved in entering premises without a warrant. Officer Clifford was in charge of the main surveillance team which had monitored the appellant's drug transactions. Before the take-down meeting, he had already undertaken the task of preparing a search warrant to effect a legal entry and search of the appellant's home. Another surveillance team, headed by Officer Smart, provided further officers to ensure that there was sufficient personnel to complete the anticipated arrests.

5 Moments after the third sale, the police coordinated arrests of Scinocco, Barbosa, and the appellant in separate locations in the neighbourhood of the appellant's house. The appellant was arrested at approximately 7:10 p.m., charged, read his rights and then placed in a police car to be taken to the police station.

6 Clifford intercepted the police car transporting the appellant to the police station and spoke privately with Silveira. At trial, Clifford testified that while he believed he already had sufficient evidence to obtain a search warrant, he thought the appellant, if cooperative, could assist in gathering further information to strengthen both the application for the warrant and the case itself. To achieve these ends, Clifford advised the appellant that police officers were at his house. Clifford testified that he did not actually know whether the police were inside the appellant's home at the time or merely at the location, but that he lied to facilitate the appellant's cooperation. On being told that officers were present at his home, the appellant confessed that there was cocaine there but that it

civil et lui a remis environ 25 grammes de cocaïne sous forme de cristaux.

À 17 h, le 18 septembre 1990, deux équipes de surveillance de la police se sont rencontrées pour discuter d'une « descente » imminente contre l'organisation de trafic de stupéfiants. L'opération était dirigée par des policiers expérimentés qui connaissaient la procédure à suivre pour obtenir des mandats de perquisition et qui savaient quels problèmes pose l'entrée sans mandat dans des lieux. L'agent Clifford était responsable de la principale équipe de surveillance qui avait observé les ventes de drogue par l'appelant. Avant la rencontre préparatoire à la descente, il s'était déjà occupé de préparer une demande de mandat de perquisition pour effectuer une perquisition légale au domicile de l'appelant. Les membres de l'autre équipe de surveillance, dirigée par l'agent Smart, devaient servir de renfort pour effectuer les arrestations prévues.

Quelques moments après la troisième vente, les policiers ont arrêté simultanément Scinocco, Barbosa et l'appelant à différents endroits situés à proximité du domicile de l'appelant. Ce dernier a été arrêté vers 19 h 10, a été inculpé, s'est vu lire ses droits et a ensuite été placé à bord d'une voiture de police pour être conduit au poste de police.

Clifford a intercepté la voiture qui conduisait l'appelant au poste de police et s'est entretenu seul à seul avec Silveira. Au procès, Clifford a témoigné que, même s'il croyait avoir déjà suffisamment d'éléments de preuve pour obtenir un mandat de perquisition, il pensait que l'appelant, s'il collaborait, pourrait l'aider à recueillir d'autres renseignements permettant d'étayer la demande de mandat et de renforcer la preuve elle-même. C'est à cette fin que Clifford a dit à l'appelant que des policiers se trouvaient à son domicile. Clifford a témoigné qu'il ne savait pas vraiment si les policiers se trouvaient alors à l'intérieur du domicile de l'appelant ou simplement sur les lieux, mais qu'il avait menti pour obtenir plus facilement la collaboration de l'appelant. Lorsqu'il a appris que des policiers étaient à son domicile, l'appelant a admis qu'il y avait de la cocaïne mais que celle-ci

was his alone and that he did not want his family involved.

The appellant was then taken to a police station where he requested the use of a telephone. The request was delayed by an Officer Pyke in order to protect the safety of the officers at the appellant's house. Pyke testified that denying access to a telephone in these circumstances was a policy of his own rather than of the police department.

Six members of the police went directly to the appellant's home at 486 Dufferin Street and arrived there at approximately 7:30 p.m. The police announced their presence by knocking on the door, and when the door was opened, they rushed into the premises with firearms drawn. The police occupied the kitchen, the living room, the upstairs portion of the house and the front porch. They explained to the occupants that they believed there was cocaine and marked money there. The police did not have a search warrant, but advised the occupants that they were in the process of acquiring one and explained that, until the search warrant arrived, everyone would be confined to various rooms in the house. The police required the appellant's sister, mother and father to remain in the kitchen, while the appellant's brother and his sister's children were ordered to remain in the living room. The occupants were informed that they could continue with their dinner preparations. During this time, the police monitored the occupants and kept the premises secure. Although the police looked around the house to ensure their own safety, they did not begin to search for evidence until the arrival of the search warrant.

Another brother of the accused arrived home shortly after the police arrived; he was directed to remain in the living room. The brother testified that he had no knowledge of his brother's arrest until he was told by the police occupying the house. The police, however, testified that the brother stated that he had returned home because he had heard of his brother's arrest. There was no

lui appartenait à lui seulement et qu'il ne voulait pas que sa famille soit mêlée à cette affaire.

L'appelant a ensuite été emmené à un poste de police où il a demandé à se servir d'un téléphone. Un agent nommé Pyke a tardé à donner suite à sa requête afin de protéger les policiers se trouvant au domicile de l'appelant. Pyke a déclaré, dans son témoignage, que c'était lui et non le service de police qui avait comme politique de refuser l'accès à un téléphone dans ces circonstances.

Six policiers se sont rendus directement au domicile de l'appelant situé au 486, rue Dufferin, et y sont arrivés vers 19 h 30. Les policiers ont fait connaître leur présence en frappant à la porte et lorsque celle-ci leur a été ouverte, ils se sont précipités à l'intérieur, l'arme à la main. Les policiers ont investi la cuisine, la salle de séjour, l'étage et le vestibule. Ils ont expliqué aux occupants qu'ils croyaient qu'il y avait de la cocaïne dans la maison ainsi que des billets marqués. Les policiers n'étaient pas munis d'un mandat de perquisition, mais ils ont informé les occupants qu'ils étaient sur le point d'en obtenir un et que tant qu'ils n'auraient pas le mandat, chacun d'eux resterait consigné dans une pièce de la maison. Les policiers ont exigé que la sœur de l'appelant, sa mère et son père restent dans la cuisine, tandis qu'ils ont ordonné au frère de l'appelant et aux enfants de sa sœur de rester dans la salle de séjour. Ils leur ont dit qu'ils pouvaient continuer de préparer leur repas. Pendant ce temps, les policiers ont surveillé les occupants et ont gardé les lieux. Même si les policiers ont jeté un coup d'œil un peu partout dans la maison pour assurer leur propre sécurité, ils n'ont commencé à chercher des éléments de preuve qu'après avoir obtenu le mandat de perquisition.

Un autre frère de l'accusé est arrivé au domicile de ce dernier peu de temps après les policiers; on lui a ordonné de rester dans la salle de séjour. Il a témoigné qu'il ignorait l'arrestation de son frère jusqu'à ce que les policiers qui occupaient le domicile ne l'en informent. Toutefois, les policiers ont déclaré que le frère de l'appelant avait affirmé être retourné à la maison parce qu'il avait entendu dire

7

8

9

evidence that the brother was implicated in any way in the appellant's drug trading.

10 Officer Smart testified that because the three drug arrests had been made publicly in the vicinity that evening, there was a concern that this fact would be communicated to the occupants of 486 Dufferin Street and that evidence would be destroyed. He further testified that the police secured the premises to ensure the safety of the officers who would later execute the warrant to avoid a risk of firearms.

11 After having intercepted the appellant, Officer Clifford went about the task of obtaining a search warrant. Of note is that in the sworn information presented to the justice, Clifford failed to disclose that police were already present at the premises to be searched, an omission the trial judge later found not to be material. The search warrant was issued at 8:30 p.m. and produced at the appellant's residence at approximately 8:45 p.m. By then, we saw, the members of the appellant's family had been under effective house arrest for an hour and fifteen minutes.

12 A search for the cocaine and money was then commenced and a gym bag with a combination lock was found in the appellant's room. One of the officers involved in executing the search warrant sought the combination for the lock and telephoned Officer Pyke, who had remained with the appellant at the police station. On Pyke's request, the appellant provided the combination number. He was then allowed to use the telephone for the first time after being in police custody for more than an hour and a half.

13 When opened, the gym bag was found to contain 286.56 grams of cocaine and \$9,535 in Canadian currency. A large part of the money was in marked bills from the earlier cocaine purchases. The recovery and opening of the gym bag was accomplished within five minutes of the arrival of

que son frère avait été arrêté. Rien dans la preuve n'indiquait qu'il était impliqué de quelque manière que ce soit dans le commerce de drogue de l'appellant.

Le policier Smart a déclaré, dans son témoignage, que parce que les trois arrestations qui avaient été effectuées en public et à proximité de la maison au cours de cette soirée, on craignait que les occupants du 486, rue Dufferin, ne soient mis au courant de ce fait et que la preuve ne soit détruite. Il a ajouté que les policiers avaient gardé les lieux pour assurer la sécurité des agents qui exécuteraient le mandat plus tard et pour écarter tout risque d'usage d'armes à feu.

Après avoir intercepté l'appelant, l'agent Clifford s'est chargé d'obtenir un mandat de perquisition. Il convient de signaler que, dans la dénonciation sous serment présentée au juge de paix, Clifford n'a pas divulgué que les policiers se trouvaient déjà sur les lieux qui devaient faire l'objet de la perquisition, omission que le juge du procès a plus tard considéré comme étant sans importance. Le mandat de perquisition a été décerné à 20 h 30 et produit au domicile de l'appelant vers 20 h 45. À ce moment-là, nous l'avons vu, les membres de la famille de l'appelant avaient été consignés dans la maison pendant une heure et quinze minutes.

Les policiers ont alors commencé à chercher la cocaïne et l'argent, et ont trouvé, dans la chambre de l'appelant, un sac de sport fermé au moyen d'un cadenas à combinaison. L'un des policiers participant à l'exécution du mandat de perquisition a cherché la combinaison du cadenas et a téléphoné à l'agent Pyke qui était resté avec l'appelant au poste de police. À la demande de Pyke, l'appelant a fourni la combinaison. Il a ensuite été autorisé, pour la première fois, à se servir du téléphone après avoir été sous la garde de la police pendant plus d'une heure et demie.

Les policiers ont trouvé dans le sac de sport 286,56 grammes de cocaïne et une somme de 9 535 \$ en devises canadiennes, dont de nombreux billets marqués qui avaient été utilisés lors des achats antérieurs de cocaïne. La découverte et l'ouverture du sac de sport ont eu lieu dans les cinq

the search warrant. The post warrant search of the house was completed within fifteen minutes of the production of the search warrant at the appellant's residence. No firearms were found.

During the course of his trial, the appellant applied to exclude the evidence found as a result of the search and seizure at his residence, but following a *voir dire*, the trial judge held that s. 8 of the *Charter* had not been infringed and that, in any event, the admission of the evidence could not bring the administration of justice into disrepute.

The appellant was convicted of three counts of trafficking in, and one count of possession of cocaine for the purposes of trafficking. He was sentenced to imprisonment for three years. The Court of Appeal for Ontario by majority dismissed the appeal. Abella J.A., dissenting, would have allowed the appeal on the grounds that the appellant's rights under s. 8 of the *Charter* were violated, that the violation was serious and that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Judicial History

Ontario Court of Justice (General Division)

The trial judge, Ewaschuk J., granted a motion made on behalf of the appellant to exclude the inculpatory statements made to the police concerning the presence of cocaine on the premises and the combination to the gym bag containing the drugs and money. He held the Crown had failed to prove beyond a reasonable doubt that the statements were made voluntarily and ruled them inadmissible.

The trial judge then considered a second motion under ss. 8 and 24(2) of the *Charter* to determine whether the evidence obtained by the search and seizure at the appellant's residence was admissible. On this motion, he held that the drugs and money should be admitted. He first considered the entry

minutes qui ont suivi l'arrivée du mandat de perquisition. La fouille de la maison a été terminée dans les quinze minutes qui ont suivi la production du mandat de perquisition à la résidence de l'appellant. Aucune arme à feu n'a été trouvée.

Au procès, l'appellant a demandé l'exclusion des éléments de preuve découverts grâce à la perquisition et à la saisie effectuées à sa résidence, mais, après un voir-dire, le juge du procès a statué que l'art. 8 de la *Charte* n'avait pas été violé et que, de toute façon, l'utilisation des éléments de preuve n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

L'appellant a été reconnu coupable relativement à trois chefs d'accusation de trafic de cocaïne et à un chef d'accusation de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Il a été condamné à trois ans de prison. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel à la majorité. Le juge Abella, dissidente, aurait accueilli l'appel parce qu'elle considérait que les droits garantis à l'appellant par l'art. 8 de la *Charte* avaient été violés, que la violation était grave et que l'utilisation des éléments de preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

L'historique des procédures judiciaires

Cour de justice de l'Ontario (Division générale)

Le juge du procès, le juge Ewaschuk, a fait droit à une requête présentée au nom de l'appellant en vue d'obtenir l'exclusion des déclarations incriminantes à la police concernant la présence de cocaïne dans les lieux et la combinaison du sac de sport contenant la drogue et l'argent. Il a jugé que le ministère public n'avait pas prouvé hors de tout doute raisonnable que les déclarations avaient été faites volontairement et il a statué qu'elles étaient inadmissibles.

Le juge du procès a ensuite examiné une deuxième requête présentée, en vertu de l'art. 8 et du par. 24(2) de la *Charte*, afin de décider de l'admissibilité des éléments de preuve obtenus grâce à la perquisition et à la saisie effectuées au domicile de l'appellant. Il a alors statué que la drogue et l'ar-

14

15

16

17

by the police before going on to the issue of the search warrant. The entry, it was conceded, could not be authorized retrospectively by the subsequent issue of a search warrant. However, Ewaschuk J. found the Crown could justify the entry on the basis of the exigent circumstance that the drug evidence could be destroyed. The police had made three public arrests close by and were concerned that the occupants of the appellant's house might destroy any evidence on the premises. As such, the police were justified in entering the premises to prevent the occupants from doing so. Ewaschuk J. held that the police acted reasonably in the circumstances.

gent devraient être admis. Il a tout d'abord analysé l'entrée des policiers avant de passer à la question de la délivrance du mandat de perquisition. Cette entrée, a-t-il reconnu, ne pouvait être autorisée rétroactivement par la délivrance subséquente d'un mandat de perquisition. Toutefois, le juge Ewaschuk a conclu que le ministère public pouvait la justifier par l'urgence d'une situation dans laquelle la preuve constituée de la drogue risquait d'être détruite. Les policiers avaient effectué trois arrestations en public à proximité du domicile de l'appelant et craignaient que ses occupants ne détruisent les éléments de preuve qui pouvaient s'y trouver. Les policiers étaient donc justifiés d'entrer dans la maison afin d'empêcher les occupants de le faire. Le juge Ewaschuk a conclu que les policiers avaient agi raisonnablement dans les circonstances.

18 The judge then considered the manner and timing of the search. The police, he held, did not begin to search for cocaine until after the search warrant arrived. It was reasonable for them in the circumstances to search for occupants before the arrival of the warrant in order to protect themselves and to prevent the destruction of evidence. The police had knocked on the door and introduced themselves to the occupants. They had only used firearms momentarily, and he found this was justified because of the connection between hard drugs and guns in Toronto.

Le juge a ensuite examiné la manière dont la perquisition a été effectuée et le moment où elle a eu lieu. Il a statué que les policiers n'avaient commencé à fouiller les lieux pour trouver la cocaïne qu'après avoir obtenu le mandat de perquisition. Dans les circonstances, il était raisonnable qu'ils vérifient, avant d'obtenir le mandat, si des occupants se trouvaient sur les lieux afin de se protéger et d'empêcher la destruction d'éléments de preuve. Les policiers ont frappé à la porte et se sont identifiés aux occupants. Ils n'ont dégainé leurs armes que momentanément et le juge a estimé qu'ils avaient eu raison de le faire vu le lien qui existe, à Toronto, entre les drogues dures et l'usage d'armes à feu.

19 Turning to the reasonableness of the issuance of the search warrant, the judge found the police should not have told the justice that the appellant had indicated that there was a further quantity of cocaine at his premises as that statement was involuntary. He then discussed the failure of the police to inform the issuing justice that the police had already occupied the premises which were the subject of the search warrant, but found that the informant, Officer Clifford, had not thereby intended to mislead the justice. As well, Ewaschuk J. found this omission to be non-material. He was satisfied that the facts were so compelling that any

Quant au caractère raisonnable de la délivrance du mandat de perquisition, le juge du procès a conclu que les policiers n'auraient pas dû dire au juge de paix que l'appelant avait indiqué qu'il y avait d'autre cocaïne à son domicile parce que cette déclaration n'avait pas été faite volontairement. Il a ensuite examiné leur omission d'informer le juge de paix que d'autres policiers avaient déjà investi les lieux visés par le mandat de perquisition, mais il a conclu que le dénonciateur, l'agent Clifford, n'avait pas voulu ainsi induire en erreur le juge de paix. De plus, le juge Ewaschuk a conclu que cette omission n'était pas importante. Il était convaincu

justice acting reasonably would have issued the warrant notwithstanding the non-disclosure.

Finally, Ewaschuk J. concluded that even assuming a s. 8 *Charter* breach had occurred, the Crown had satisfied him that the admission of the evidence seized could not bring the administration of justice into disrepute.

Court of Appeal for Ontario (1994), 16 O.R. (3d) 786

Griffiths J.A. (for the Majority)

An appeal was then launched to the Court of Appeal of Ontario. Griffiths J.A., for the majority, first considered whether there was a material non-disclosure leading to the issuance of the search warrant. He concluded that the facts in the information were clearly sufficient to justify the granting of a search warrant. The failure to mention that the police were already on the premises, he stated, was found by the trial judge to be unintentional and thought to be non-material by the police officer. Griffiths J.A. stated that when Clifford swore the information, he did not know as a fact that the police were inside the house.

Griffiths J.A. then canvassed whether the initial entry of the police violated the appellant's rights under s. 8 of the *Charter*. He noted, at p. 797, that the Crown conceded a s. 8 violation based on the fact that the appellant has a "reasonable expectation of privacy", citing *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627. However, he stated that he had some difficulty in finding that the initial entry was a search and as such a violation of s. 8 of the *Charter* since the trial judge accepted that no search or seizure for narcotics was attempted before the arrival of the warrant. Griffiths J.A. had no doubt, however, that the initial entry was a trespass and an unwarranted invasion of the privacy of the occupants. Since the Crown had conceded the

que les faits étaient si accablants que tout juge de paix agissant raisonnablement aurait décerné le mandat malgré l'omission de divulguer un élément.

Enfin, le juge Ewaschuk a conclu que, même si on présumait que l'art. 8 de la *Charte* avait été violé, le ministère public l'avait convaincu que l'utilisation des éléments de preuve saisis n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Cour d'appel de l'Ontario (1994), 16 O.R. (3d) 786

Le juge Griffiths (au nom de la majorité)

Un appel a ensuite été interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario. Le juge Griffiths a d'abord examiné, au nom de la cour à la majorité, si une omission de divulguer un élément important avait contribué à la délivrance du mandat de perquisition. Il a conclu que les faits relatés dans la dénonciation étaient nettement suffisants pour justifier la délivrance d'un mandat de perquisition. Il a dit que le juge du procès avait conclu que le policier n'avait pas omis intentionnellement de mentionner que des policiers se trouvaient déjà sur les lieux et qu'il pensait que cette omission était sans importance. Le juge Griffiths a dit que, lorsque Clifford a fait la dénonciation sous serment, il ignorait si les policiers se trouvaient à l'intérieur de la maison.

Le juge Griffiths s'est ensuite demandé si l'entrée initiale des policiers avait violé les droits garantis à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte*. Il a souligné, à la p. 797, que le ministère public avait reconnu qu'il y avait eu violation de l'art. 8 du fait que l'appelant a des «attentes raisonnables en matière de vie privée», pour reprendre l'expression de l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627. Toutefois, il a dit qu'il éprouvait certaines difficultés à conclure que l'entrée initiale des policiers constituait une perquisition et, partant, une violation de l'art. 8 de la *Charte*, étant donné que le juge du procès avait accepté qu'on n'avait tenté d'effectuer aucune perquisition ou saisie de stupéfiants avant l'obtention du mandat.

20

21

22

breach of s. 8, he was prepared to deal with the s. 24(2) analysis on the assumption that such a breach existed. Despite his doubts about the police conduct's constituting a search, he concluded that, to the extent that the police were looking for individuals or things other than drugs, it could be said in a very narrow sense that the police were conducting a search.

Cependant, le juge Griffiths ne doutait nullement que l'entrée initiale était une intrusion et une atteinte injustifiée à la vie privée des occupants. Comme le ministère public avait reconnu l'existence d'une violation de l'art. 8, le juge était disposé à effectuer l'analyse fondée sur le par. 24(2) en tenant pour acquis qu'une telle violation avait été commise. Même s'il doutait que le comportement des policiers ait constitué une perquisition, il a conclu que, dans la mesure où les policiers cherchaient des personnes ou autre chose que de la drogue, on pouvait dire, dans un sens très strict, que les policiers effectuaient une perquisition.

23 Even though the initial unlawful entry was not made for the purpose of obtaining evidence, Griffiths J.A. found that there was a sufficient connection between the entry and the seizure to require a determination whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. However, despite the unlawfulness of the initial entry, he held that the finding of the trial judge supported the conclusion that the police were acting in good faith in attempting to secure the evidence. He found it a matter of judgment of experienced police officers that there was a potential for the destruction of evidence unless the premises were secured because word might have spread about the arrests.

Même si l'entrée initiale illégale n'avait pas pour but de recueillir des éléments de preuve, le juge Griffiths a conclu à l'existence d'un lien suffisant entre l'entrée et la saisie pour qu'il soit nécessaire de déterminer si les éléments de preuve devaient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Toutefois, malgré l'illégalité de l'entrée initiale, il a statué que la décision du juge du procès appuyait la conclusion que les policiers avaient agi de bonne foi en tentant de préserver les éléments de preuve. Il a estimé qu'il revenait à des policiers expérimentés de juger s'il y avait risque de destruction d'éléments de preuve si les lieux n'étaient pas gardés, parce que la nouvelle des arrestations pouvait s'être répandue.

24 Griffiths J.A. rejected the argument that the police acted in an abusive manner towards the occupants of the house given that the trial judge found as a fact that the conduct of the police was reasonable in the circumstances. As well, he noted, at pp. 799-800, the appellant was not in the house at the time and "it is only the *Charter* rights of the appellant and the alleged violation of these *Charter* rights with which we are concerned".

Le juge Griffiths a rejeté l'argument voulant que les policiers aient agi de manière abusive envers les occupants de la maison, étant donné que le juge du procès avait conclu que les policiers s'étaient conduits de façon raisonnable dans les circonstances. De même, il a souligné, aux pp. 799 et 800, que l'appellant n'était pas dans la maison à l'époque et que [TRADUCTION] «ce ne sont que les droits garantis à l'appellant par la *Charte* et la violation alléguée de ces droits qui nous préoccupent».

25 In determining whether the police could have obtained the search warrant earlier, Griffiths J.A. held, at p. 800:

En déterminant si les policiers auraient pu obtenir le mandat de perquisition plus tôt, le juge Griffiths affirme ceci, à la p. 800:

In my view, it was not unreasonable for the police to delay the application for the search warrant until they had completed their surveillance and obtained all of the

[TRADUCTION] À mon avis, il n'était pas déraisonnable de la part des policiers de ne présenter la demande de mandat de perquisition que lorsqu'ils auraient terminé

necessary evidence and made the arrests to support the charges. The question of when the police should have moved to obtain the warrant is a matter to be left to their professional judgment. I find nothing unreasonable in the manner in which they exercised that judgment in the circumstances of this case. Certainly there is nothing in the evidence to suggest that the time lapse of approximately one hour and 20 minutes from the time of the arrest of the appellant to the issue of the search warrant was unreasonable.

Griffiths J.A. applied s. 24(2) of the *Charter* as follows, at pp. 800-801:

... I am of the view that the police were acting in good faith, having regard to the findings of the trial judge. Their conduct in entering the house was for the *bona fide* purpose of securing the evidence which they, on reasonable grounds, believed might be destroyed. The trial judge found that, even assuming a s. 8 *Charter* breach, the Crown had satisfied him that the admission of the evidence seized at the residence could not bring the administration of justice into disrepute.

Griffiths J.A. noted, citing *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, that an appellate court should not readily interfere with the decision of the trial judge respecting s. 24(2) of the *Charter*. He then followed the three factors relevant to determining the admissibility of evidence under s. 24(2) of the *Charter* as set out in that case.

With respect to the first factor, effect on trial fairness, he held that where evidence is real and has not been produced as a result of the *Charter* breach, it would not tend to render the trial unfair.

As to the second factor, Griffiths J.A. concluded that the *Charter* violation was not sufficiently serious to warrant the exclusion of evidence. First, it was a borderline case of a "search" within the meaning of s. 8 of the *Charter*. As well, the police had reasonable grounds to believe the evidence would be destroyed. Although the police wrongfully trespassed and violated the occupants' right

leur surveillance, obtenu tous les éléments de preuve nécessaires et effectué les arrestations pour étayer les accusations. Il appartenait aux policiers de décider, d'une manière professionnelle, quand ils devaient présenter une demande de mandat. Je ne trouve rien de déraisonnable dans la manière dont ils ont exercé leur jugement dans les circonstances de la présente affaire. Il n'y a certes rien dans la preuve qui porte à croire que le laps de temps d'environ une heure et 20 minutes qui s'est écoulé entre l'arrestation de l'appellant et le moment où le mandat de perquisition a été décerné était déraisonnable.

Le juge Griffiths applique ainsi le par. 24(2) de la *Charte*, aux pp. 800 et 801:

[TRADUCTION] ... je suis d'avis que les policiers ont agi de bonne foi, compte tenu des conclusions du juge du procès. Ils sont entrés dans la maison dans l'intention véritable de préserver les éléments de preuve qui, croyaient-ils pour des motifs raisonnables, risquaient d'être détruits. Le juge du procès a conclu que, même en présumant qu'il y avait eu violation de l'art. 8 de la *Charte*, le ministère public l'avait convaincu que l'utilisation des éléments de preuve saisis dans la résidence n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Citant l'arrêt *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, le juge Griffiths a souligné qu'une cour d'appel ne devrait pas s'ingérer trop promptement dans la décision d'un juge de première instance en ce qui concerne l'application du par. 24(2) de la *Charte*. Il a ensuite appliqué les trois facteurs énoncés dans cet arrêt qui sont pertinents pour déterminer l'admissibilité de la preuve en vertu de ce paragraphe.

En ce qui concerne le premier facteur, l'effet sur l'équité du procès, il a statué que la preuve matérielle qui ne résulte pas d'une violation de la *Charte* ne tendrait pas à rendre le procès inéquitable.

Quant au deuxième facteur, le juge Griffiths a conclu que la violation de la *Charte* n'était pas suffisamment grave pour justifier l'exclusion d'éléments de preuve. Tout d'abord, il s'agissait d'un cas limite de «perquisition» au sens de l'art. 8 de la *Charte*. De même, les policiers avaient des motifs raisonnables de croire que les éléments de preuve seraient détruits. Même si les policiers se sont

26

27

28

29

to privacy, the entry preceding the issuance of the warrant had no adverse impact on the appellant except to the extent that others were prevented from destroying the evidence. In his view, it was inevitable that the house would be searched and the narcotics and money found. Whatever might be said of the rights of the occupants, the violation of the appellant's *Charter* rights was minimal and the objective expectation of privacy was low. The violation was not sufficiently serious to warrant exclusion of the evidence.

introduits illégalement dans la maison et ont violé le droit à la vie privée de ses occupants, leur entrée antérieure à la délivrance du mandat n'a eu aucun effet préjudiciable sur l'appelant, sauf qu'elle a empêché d'autres personnes de détruire les éléments de preuve. Selon lui, la perquisition de la maison de même que la découverte des stupéfiants et de l'argent étaient inévitables. Quoi que l'on puisse dire au sujet des droits des occupants, la violation des droits garantis à l'appelant par la *Charte* était minime et les attentes objectives en matière de vie privée étaient faibles. La violation n'était pas suffisamment grave pour justifier l'exclusion des éléments de preuve.

30 Turning to the third factor, Griffiths J.A. noted that the introduction into evidence of the seized drugs and money was crucial to convictions on serious charges. Thus, exclusion of the evidence would unfavourably impact on the repute of the justice system, citing *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3.

Quant au troisième facteur, le juge Griffiths a souligné que le dépôt en preuve de la drogue et de l'argent saisis était essentiel pour obtenir des déclarations de culpabilité relativement à des accusations graves. C'est ainsi que, citant l'arrêt *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, il a estimé que l'exclusion des éléments de preuve aurait un effet préjudiciable sur l'image de la justice.

31 Like the trial judge, therefore, Griffiths J.A. concluded that the evidence should be admitted. "The only detriment suffered by the appellant with respect to the initial unlawful entry", he stated, at p. 803, "was a loss of opportunity to destroy the evidence subsequently seized."

Par conséquent, le juge Griffiths a conclu, à l'instar du juge du procès, qu'il y avait lieu d'admettre les éléments de preuve en question. Il dit, à la p. 803, que [TRADUCTION] «[I]e seul préjudice subi par l'appelant en ce qui concerne l'entrée illégale initiale est qu'il a perdu l'occasion de détruire les éléments de preuve qui ont été saisis par la suite».

Abella J.A. (dissenting)

Le juge Abella (dissidente)

32 Abella J.A., dissenting, found the evidence should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*. She reviewed the facts and noted that the appellant had been under surveillance for several days before the search. The police entered the home knowing there was no search warrant, even though they anticipated one would issue. As well, she noted, the sworn information had been substantially completed before the arrest of the appellant. She observed that while Officer Clifford had questioned the appellant about the cocaine and had told him the police were at his house, he neglected

Le juge Abella, dissidente, a conclu que les éléments de preuve auraient dû être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Elle a examiné les faits et a souligné que l'appelant avait été sous surveillance plusieurs jours avant la perquisition. Les policiers sont entrés dans la maison tout en sachant qu'ils n'avaient aucun mandat de perquisition, même s'ils prévoyaient en obtenir un. Elle a, de même, signalé que la dénonciation sous serment avait été complétée pour l'essentiel avant l'arrestation de l'appelant. Elle a fait remarquer, même si l'agent Clifford avait interrogé l'appelant au sujet de la cocaïne et lui avait dit que des policiers se trouvaient à son domicile, il a négligé de mention-

to mention this fact when appearing before the justice to obtain a warrant.

Abella J.A. cited ss. 10 and 12 of the *Narcotic Control Act* where Parliament has clearly stated that the police require a warrant to enter a dwelling-house. She remarked that the exceptions to the requirement for prior authorization for entering a dwelling-house remain exceedingly rare given that the liberty of individuals is at stake. She noted that this Court in *Grant, supra*, has concluded that a warrantless search would only survive *Charter* scrutiny where exigent circumstances made the obtaining of a warrant impracticable. Otherwise, a warrantless search violates s. 8 of the *Charter*.

Abella J.A. found that, in the present case, the trial judge's finding of exigent circumstances was necessary to his conclusion that the initial search was reasonable. On the appeal, however, the Crown conceded that the initial entry was an unreasonable search. It was thus no longer open to the Crown to rely on alleged exigent circumstances; they were merely factors to be considered in weighing the good faith of the police.

Abella J.A. stated, at p. 806, that the police sequenced their tactics as follows:

In this case, the police entered a dwelling house knowing that a warrant was required. They chose to enter while the accused was under arrest at the police station, keeping his mother, sister, and two small children under "house arrest" as they anticipated what they considered to be the inevitable arrival of authority to search. They unquestionably had enough information, well before the appellant's arrest, to obtain a search warrant prior to entering the home. They chose, instead, to arrest first, enter second, and obtain authority last. While the police must undoubtedly be allowed strategic latitude, they should not be able to use it in knowing defiance of the law where a lawful alternative is available in the circumstances.

ner ce fait lorsqu'il a comparu devant le juge de paix pour obtenir un mandat.

Le juge Abella a cité les art. 10 et 12 de la *Loi sur les stupéfiants* où le législateur a nettement prévu que les policiers ont besoin d'un mandat pour entrer dans une maison d'habitation. Elle a fait remarquer que les exceptions à l'exigence d'une autorisation préalable pour pouvoir entrer dans une maison d'habitation sont extrêmement rares étant donné que la liberté de personnes est en jeu. Elle a souligné que notre Cour a conclu, dans l'arrêt *Grant*, précité, qu'une perquisition sans mandat ne survivrait à un examen fondé sur la *Charte* que s'il a été impossible d'obtenir un mandat en raison d'une situation d'urgence. Autrement, une perquisition sans mandat viole l'art. 8 de la *Charte*.

Le juge Abella a statué qu'en l'espèce le juge du procès devait conclure à l'existence d'une situation d'urgence pour pouvoir conclure que la perquisition initiale était raisonnable. En appel, le ministre public a toutefois reconnu que l'entrée initiale constituait une perquisition abusive. Il ne pouvait donc plus invoquer l'existence d'une prétendue situation d'urgence qui ne constituait qu'un facteur à considérer en appréciant la bonne foi de la police.

Le juge Abella affirme, à la p. 806, que les policiers avaient procédé de la manière suivante:

[TRADUCTION] En l'espèce, les policiers sont entrés dans une maison d'habitation en sachant qu'il leur fallait un mandat. Ils ont choisi d'y entrer pendant que l'accusé était en état d'arrestation au poste de police, et ils ont «détenu à domicile» sa mère, sa sœur et deux jeunes enfants parce qu'ils étaient persuadés de recevoir l'autorisation de perquisitionner. Ils possédaient indubitablement assez de renseignements, bien avant l'arrestation de l'appellant, pour obtenir un mandat de perquisition avant d'entrer dans la maison. Ils ont plutôt choisi d'effectuer tout d'abord l'arrestation, d'entrer ensuite dans la maison et enfin, d'obtenir l'autorisation nécessaire. Même s'il ne fait pas de doute qu'il faut accorder une certaine latitude stratégique aux policiers, ceux-ci ne devraient pas pouvoir s'en servir au mépris de la loi lorsqu'il existe une autre solution licite dans les circonstances.

33

34

35

36 Abella J.A. then observed that s. 10 of the *Narcotic Control Act* prevents unauthorized searches of a dwelling-house. She stated, at p. 806:

The circumstances outlined by the police were easily foreseeable and could have been used to obtain an earlier authorization for entry and search of the dwelling. To permit the police to avoid the requirements of s. 10 by an *ex post facto* validation through a subsequent authorization which yields "real evidence", is to render the *Charter's* privacy protection porous.

The notion that the news of public arrests could justify the police in immediately protecting the evidence, she noted, could arise in a multitude of situations. In her view, at p. 807, the presumptive protections of s. 10 of the *Narcotic Control Act* and the *Charter* would have to be displaced by "more than mere police convenience or conjecture".

37 Abella J.A. considered that the events of that evening were all part of a single investigatory process that could not be severed into two searches, one illegal and the other legal. She found a clear nexus between the unlawful search and the seizure of the evidence.

38 Abella J.A. was also of the view that the police had not acted in good faith. In *Grant, supra*, the evidence was admitted because the police had been acting in good faith in accordance with what they thought to be the law. Here no such explanation was available. The police knew a search warrant was required and they ignored the requirements of s. 10 of the *Narcotic Control Act*. Moreover, in obtaining the warrant the police did not reveal to the authorizing justice the fact that the police were already at the premises. While this fact would not have affected the granting of the authorization, she found, at p. 807, that it was "inconsistent with the good faith requirement".

Le juge Abella a ensuite fait remarquer que l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants* empêche d'effectuer des perquisitions sans mandat dans des maisons d'habitation. Elle dit, à la p. 806:

[TRADUCTION] Les circonstances exposées par les policiers étaient facilement prévisibles et auraient pu être invoquées pour obtenir plus tôt l'autorisation de perquisitionner dans la maison. Permettre aux policiers de se soustraire aux exigences de l'art. 10 par une validation après coup, grâce à une autorisation subséquente qui produit une «preuve matérielle», a pour effet de miner la protection de la vie privée garantie par la *Charte*.

Elle a souligné qu'on pourrait faire valoir, dans une multitude de cas, que la nouvelle d'arrestations effectuées en public pourrait justifier les policiers à intervenir immédiatement pour préserver des éléments de preuve. Elle estime, à la p. 807, qu'il faudrait [TRADUCTION] «davantage que la simple utilité pour la police ou que de simples conjectures de sa part» pour écarter les garanties que l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants* et la *Charte* offrent en matière de présomption.

Le juge Abella a considéré que les événements qui se sont produits ce soir-là faisaient tous partie d'un seul et même processus d'enquête qui ne pouvait être divisé en deux perquisitions, l'une illégale et l'autre légale. Elle a conclu à l'existence d'un lien évident entre la perquisition illégale et la saisie des éléments de preuve.

Le juge Abella était également d'avis que les policiers n'avaient pas agi de bonne foi. Dans l'arrêt *Grant*, précité, la preuve a été admise parce que les policiers avaient agi de bonne foi conformément à ce qu'ils croyaient être la loi. Aucune explication de ce genre n'était possible en l'espèce. Les policiers savaient qu'il leur fallait un mandat de perquisition et ils n'ont pas tenu compte des exigences de l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*. De plus, en obtenant le mandat, les policiers n'ont pas indiqué au juge de paix que d'autres policiers se trouvaient déjà sur les lieux. Même si ce fait n'aurait eu aucune incidence sur la délivrance de l'autorisation, le juge Abella a conclu, à la p. 807, que c'était [TRADUCTION] «incompatible avec l'exigence de bonne foi».

Abella J.A. concluded, at p. 807, as follows:

The infringement was serious, the expectation of privacy was exceptionally high, the illegal intrusion was far from minimal, and alternate, lawful means of obtaining the evidence were available. All of these factors lead me to the conclusion that this is a serious violation of a *Charter* right, and that the admission of the evidence obtained as a result of the violation would bring the administration of justice into disrepute.

She would have allowed the appeal, set aside the convictions and entered a verdict of acquittal.

Notice to appeal to this Court was then filed on behalf of the appellant.

Analysis

Application of Section 8 to the Securing of a Dwelling-House

I note at the outset that the Crown has conceded that the appellant's constitutional right to be secure against an unreasonable search and seizure has been breached; it recognizes that the appellant had a reasonable expectation of privacy in his home. In my view, the Crown was perfectly right in making this concession, although the matter was apparently the source of some confusion in the courts below. It is surprising that nearly four hundred years after *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91, 77 E.R. 194, there should be any debate about the matter. That case firmly enunciated the principle that "a man's home is his castle", and that even the King himself had no right to invade the sanctity of the home without the authority of a judicially issued warrant. That principle has remained ever since as a bulwark for the protection of the individual against the state. It affords the individual a measure of privacy and tranquillity against the overwhelming power of the state; see also *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029. It is a fundamental precept of a free society. The apparent confusion in the courts below is all the more disturbing since in the very statute the police were attempting to enforce, the *Narcotic Control Act* (ss. 10 and 12), it is made abundantly clear that a

Le juge Abella conclut ce qui suit, à la p. 807:

[TRADUCTION] L'atteinte était grave, les attentes en matière de vie privée étaient exceptionnellement élevées, l'intrusion illégale était loin d'être minime et il existait d'autres moyens légaux d'obtenir les éléments de preuve en cause. Tous ces facteurs m'amènent à conclure qu'il y a eu une violation grave d'un droit garanti par la *Charte* et que l'utilisation des éléments de preuve obtenus par suite de cette violation déconsidérerait l'administration de la justice.

Elle aurait accueilli l'appel, annulé les déclarations de culpabilité et prononcé un verdict d'acquiescement.

Un avis de pourvoi devant notre Cour a ensuite été déposé au nom de l'appelant.

Analyse

Application de l'art. 8 à la garde d'une maison d'habitation

Je souligne, au départ, que le ministère public a reconnu qu'il y avait eu violation du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives qui est garanti à l'appelant par la Constitution et que l'appelant avait des attentes raisonnables en matière de vie privée à son domicile. À mon avis, le ministère public a eu tout à fait raison de le faire même si cette question semble avoir créé une certaine confusion devant les tribunaux d'instance inférieure. Il est étonnant que près de quatre cents ans après l'arrêt *Semayne* (1604), 5 Co. Rep. 91, 77 E.R. 194, on débattenne encore de cette question. Cet arrêt a clairement établi le principe que «la maison d'une personne est son château» et que le souverain lui-même n'a pas le droit de passer outre à l'inviolabilité du domicile sans avoir préalablement obtenu un mandat judiciaire. Ce principe a toujours constitué depuis un rempart assurant la protection du particulier contre l'État. Il procure à l'individu une certaine mesure de vie privée et de tranquillité vis-à-vis du pouvoir atterrant de l'État; voir aussi *Entick c. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029. Il s'agit d'un précepte fondamental d'une société libre. L'apparence de confusion chez les tribunaux d'instance inférieure est d'autant plus inquiétante que dans la loi même que

39

40

41

police officer may only enter a dwelling “under authority of a warrant” issued by a justice.

les policiers essayaient d’appliquer, la *Loi sur les stupéfiants* (art. 10 et 12), il est très clairement indiqué que, pour qu’un policier puisse entrer dans une maison d’habitation, «il lui faut un mandat de perquisition» décerné à cette fin par un juge de paix.

42 I fail to see how there could be any doubt that a search occurred in the present case when the police took possession of the appellant’s home. To maintain otherwise involves drawing untenable and artificial distinctions. The following ruling of the trial judge captures the disorder that results from trying to maintain that a search was not commenced until the warrant arrived:

Je ne vois pas comment on pourrait douter qu’il y a eu une perquisition en l’espèce lorsque les policiers se sont emparés du domicile de l’appelant. Pour pouvoir affirmer le contraire, il faudrait faire des distinctions artificielles et indéfendables. La décision suivante du juge du procès traduit bien la confusion qui résulte lorsque l’on tente de soutenir que la perquisition n’a pas commencé avant l’obtention du mandat:

I am satisfied that the police did not begin to search the premises for cocaine and money until after the Search Warrant arrived.

[TRADUCTION] Je suis convaincu que les policiers n’ont commencé à perquisitionner dans les lieux pour y chercher la cocaïne et l’argent qu’après avoir obtenu le mandat de perquisition.

Furthermore the police were entitled to enter each room to search for occupants prior to the arrival of the Search Warrant. . . .

De plus, ils avaient le droit avant l’obtention du mandat de perquisition, d’entrer dans chaque pièce pour vérifier s’il y avait quelqu’un . . .

43 It would be strange indeed to hold that the police entry into the appellant’s house should not be classified as a search when one considers that in *Kokesch, supra*, this Court was unanimous in finding that a far less intrusive invasion of the appellant’s privacy — a perimeter examination of premises — constituted a search for the purposes of s. 8 of the *Charter*. If an exterior examination of a building can constitute a search, then surely it would be untenable to deny that the unwarranted entry of six armed police officers into the living room, kitchen, upstairs, and porch of a house is also a search, or at the very least, a seizure. The comparative severity of the intrusion involved in a mere perimeter examination and the type of unauthorized entry that occurred in this case appears so obvious as to be hardly worthy of mention.

Il serait vraiment étrange de conclure qu’il ne faut pas considérer l’entrée des policiers au domicile de l’appelant comme une perquisition si on considère que dans l’arrêt *Kokesch*, précité, notre Cour a conclu à l’unanimité qu’une atteinte beaucoup moins grave à la vie privée de l’appelant — un examen périphérique des lieux — constituait une perquisition au sens de l’art. 8 de la *Charte*. Si l’examen de l’extérieur d’un immeuble peut constituer une perquisition, on ne pourrait sûrement pas prétendre que l’entrée injustifiée de six policiers armés dans la salle de séjour, dans la cuisine, à l’étage et dans le vestibule d’une maison ne constitue pas aussi une perquisition ou, à tout le moins, une saisie. La gravité de l’entrée non autorisée qui s’est produite en l’espèce par rapport à celle de l’intrusion que constitue un simple examen périphérique des lieux semble si évidente qu’il ne vaut guère la peine de la mentionner.

44 The very reason the police entered the appellant’s house was to control it so as to secure and protect evidence. The movements of the residents were monitored and restricted by the occupying

Le véritable motif pour lequel les policiers ont investi le domicile de l’appelant était de s’assurer le contrôle des lieux afin d’y préserver des éléments de preuve. Les policiers sur place ont sur-

officers specifically so none of the evidence of the police observed drug transactions that might have been in the appellant's house would be destroyed. Not knowing precisely where the anticipated evidence might be concealed, the police took control, seized the entire house and all of its belongings and detained its occupants as well. Accordingly, I have no difficulty in finding that securing an entire household constitutes a seizure. I add parenthetically that I wonder where the police thought they derived the power to hold the occupants of the house under "house arrest" in their own home with or without a search warrant. They did not even have reasonable grounds to believe any of these people were in any way involved in the crime they were investigating.

The courts below made a distinction between the initial police entry to secure the house and the subsequent search after the search warrant was granted and produced at the house. I find this distinction unrealistic. The placing of police officers in the house was undertaken to facilitate the drug search that followed. The seizure of the house and the ensuing search were simply part of a single operation aimed at finding evidence to confirm the previously monitored drug transactions. I note that my colleague, Justice Cory, has taken a similar approach in his reasons.

I am also concerned by the majority opinion in the Court of Appeal regarding when s. 8 interests are to be protected. I respectfully cannot agree with its conclusion that the objective expectation of privacy of the appellant was low, or with its view that the police's entry had no adverse effect on the appellant except to the extent that others were prevented from disposing of the evidence on his behalf. It seems to me unusual to maintain that one has a low expectation of privacy in one's home merely because one is not present when the

veillé et restreint les mouvements des occupants dans le but exprès d'empêcher la destruction des éléments de preuve relatifs aux opérations qu'ils avaient observées et qui pouvaient se trouver au domicile de l'appellant. Comme ils ne savaient pas précisément où pouvaient être cachés les éléments de preuve qu'ils s'attendaient à trouver, les policiers ont pris le contrôle de la maison et de tout ce qui s'y trouvait, et en ont également détenu les occupants. Par conséquent, je n'ai aucune difficulté à conclure que la mise sous garde de toute une maisonnée constitue une saisie. J'ajoute, entre parenthèses, que je me demande ce qui permettait aux policiers de croire qu'ils pouvaient «détenir à domicile» les occupants dans leur propre maison, avec ou sans mandat de perquisition. Ils n'avaient même pas de motifs raisonnables de croire que l'une ou l'autre de ces personnes était de quelque manière que ce soit mêlée au crime sur lequel ils enquêtaient.

Les tribunaux d'instance inférieure ont fait une distinction entre l'entrée initiale des policiers pour garder la maison et la perquisition qui y a été ensuite effectuée une fois le mandat de perquisition décerné et produit à la maison. J'estime que cette distinction n'est pas réaliste. Des policiers ont été postés dans la maison afin de faciliter la perquisition qui a suivi pour trouver la drogue. La mise sous saisie de la maison et la perquisition qui a suivi faisaient simplement partie d'une seule et même opération destinée à trouver des éléments de preuve qui confirmeraient les opérations antérieures dont les policiers avaient surveillé le déroulement. Je souligne que mon collègue le juge Cory a adopté un point de vue similaire dans ses motifs.

Je suis également préoccupé par l'opinion majoritaire de la Cour d'appel concernant le moment où les droits garantis par l'art. 8 doivent être protégés. En toute déférence, je ne puis souscrire à sa conclusion que les attentes objectives de l'appellant en matière de vie privée étaient faibles ni à son avis que l'entrée des policiers n'a eu aucun effet préjudiciable sur l'appellant, sauf qu'elle a empêché d'autres personnes de se débarrasser des éléments de preuve pour lui. Il me semble assez inusité de prétendre que les attentes en matière de vie privée

police enter. The fact that one is not home, if anything, reinforces the notion that the police cannot be permitted unauthorized powers of entry. I do not accept that all the appellant lost was the opportunity to destroy the evidence. This reasoning involves an *ex post facto* determination that, as *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 160-61, has held, is unacceptable. What the appellant lost — and what we all lose when such intrusions take place — is the security guaranteed by the *Charter* that the police will not invade our homes without conforming to the established rule that constitutes the cornerstone of our liberties.

47 Nor do I agree with the majority's view that the violation of the *Charter* rights of the appellant's family is irrelevant. It may, I suppose, be argued that, in strictness, only the appellant's privacy rights are directly raised, though I would have thought one's privacy interest extended to one's family. More generally, the broader impact of the *Charter* breach cannot be ignored. It is relevant to the serious consequences of the breach and points to the fact that the danger from breaches of *Charter* rights extends beyond the particular individual. The *Charter* guarantees exist for the protection of all of us. Section 8 makes it clear that everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure. The serious intrusion of the legitimate high expectations of privacy in one's home cannot be ignored in assessing the situation.

48 This Court has already set forth its views on this matter. In *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, Sopinka J., speaking for the majority, had this to say, at p. 1143:

In my view, the extent of invasion into the privacy of these third parties is constitutionally relevant to the issue of whether there has been an "unreasonable" search or

d'une personne à son domicile sont faibles pour le simple motif qu'elle ne s'y trouve pas lorsque les policiers y entrent. Le fait qu'une personne soit absente de son domicile renforce plutôt l'idée que la police ne peut pas se servir de ses pouvoirs pour y pénétrer sans y avoir été autorisée. Je n'accepte pas que l'appelant a seulement perdu l'occasion de détruire les éléments de preuve. Ce raisonnement implique une décision après coup qui est inacceptable, comme notre Cour l'a statué dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, aux pp. 160 et 161. Ce que l'appelant a perdu — et ce que nous perdons tous lorsque des intrusions de ce genre ont lieu — c'est l'assurance, garantie par la *Charte*, que la police n'investira pas nos foyers sans se conformer à la règle établie qui constitue la pierre angulaire de nos libertés.

Je ne suis pas non plus d'accord avec l'opinion majoritaire selon laquelle la violation des droits garantis par la *Charte* à la famille de l'appelant n'est pas pertinente. Je suppose que l'on peut soutenir qu'à vrai dire seuls les droits de l'appelant à la vie privée sont directement concernés, même si j'aurais pensé que le droit à la vie privée d'une personne s'étend à sa famille. De manière plus générale, on ne saurait ignorer l'effet plus vaste de la violation de la *Charte*. Il est pertinent quant aux graves conséquences de la violation et fait ressortir que le danger auquel exposent des violations de droits garantis par la *Charte* ne s'arrête pas à la personne concernée. Les garanties prévues dans la *Charte* existent pour assurer notre protection à tous. L'article 8 indique clairement que chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Il n'est pas permis, en évaluant la situation, de faire abstraction de l'atteinte grave aux attentes légitimes et élevées en matière de vie privée qu'a une personne à son domicile.

Notre Cour a déjà exprimé son point de vue à ce sujet. Dans l'arrêt *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, le juge Sopinka affirme ceci, au nom de la majorité, à la p. 1143:

À mon avis, l'étendue de l'atteinte à la vie privée de ces tiers est pertinente sur le plan constitutionnel à la question de savoir s'il y a eu fouille, perquisition ou saisie

seizure. To hold otherwise would be to ignore the purpose of s. 8 of the *Charter* which is to restrain invasion of privacy within reasonable limits. A potentially massive invasion of the privacy of persons not involved in the activity being investigated cannot be ignored simply because it is not brought to the attention of the court by one of those persons.

The dissenting judges, Wilson J. (at pp. 1156-57) and myself (at p. 1179), expressed similar views. Even earlier, in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 521-22, I observed that the rationale for requiring a warrant to search the premises of a corporation for its business documents was that (contrasted with a mere demand for such documents) such a search invaded the privacy of the individuals who worked in the premises.

Exigent Circumstances

The existence of exigent circumstances appears to have dominated the thinking of the courts below. It, therefore, becomes important to review briefly the relevant law as it has thus far developed. Simply stated it is this: absent clear statutory language authorizing such a course, the police have no power to enter a dwelling-house to conduct a search without a warrant. Section 10 of the *Narcotic Control Act* makes this clear. It follows that the search also violated s. 8 of the *Charter*. Urgent situations, it is true, may, along with other circumstances, be considered in assessing the seriousness of the *Charter* breach in the course of considering whether evidence gathered as a result of such breach should be admitted into evidence under s. 24(2) of the *Charter* (see *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265), but an examination under that provision of course presupposes a *Charter* breach.

The principle that a search of a dwelling-house without a warrant is unjustifiable is firmly

«abusive». Affirmer le contraire reviendrait à ignorer l'objet de l'art. 8 de la *Charte* qui est de restreindre l'atteinte à la vie privée dans des limites raisonnables. Le risque qu'il y ait de graves atteintes à la vie privée des personnes non concernées par les activités qui font l'objet de l'enquête ne peut être ignoré pour la simple raison qu'il n'est pas porté à l'attention de la cour par l'une d'entre elles.

Les juges dissidents, le juge Wilson (aux pp. 1156 et 1157) et moi-même (à la p. 1179), ont exprimé des points de vue analogues. Même avant cela, dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, aux pp. 521 et 522, j'ai fait remarquer que la raison pour laquelle un mandat était requis pour perquisitionner dans les locaux d'une entreprise pour y saisir ses documents commerciaux était (comparativement à une simple demande de production de ces documents) qu'une telle perquisition porte atteinte à la vie privée des personnes qui travaillent dans ces locaux.

La situation d'urgence

L'existence d'une situation d'urgence semble avoir dominé les pensées des tribunaux d'instance inférieure. Il devient donc important d'examiner brièvement la règle de droit applicable telle qu'elle a évolué jusqu'ici. Il s'agit tout simplement de la règle suivante: en l'absence de dispositions législatives claires l'y autorisant, la police n'est pas habilitée à entrer dans une maison d'habitation pour y effectuer une perquisition sans mandat. L'article 10 de la *Loi sur les stupéfiants* précise cela clairement. Il s'ensuit que la perquisition violait aussi l'art. 8 de la *Charte*. Il est vrai que la situation d'urgence est l'un des facteurs dont on peut tenir compte pour apprécier la gravité de la violation de la *Charte* afin de déterminer si les éléments de preuve obtenus à la suite d'une telle violation devraient être admis en vertu du par. 24(2) de la *Charte* (voir *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265); toutefois, un examen fondé sur cette disposition présuppose évidemment l'existence d'une violation de la *Charte*.

Le principe voulant qu'une perquisition sans mandat d'une maison d'habitation soit injustifiable

entrenched in the common law. It goes back at least 230 years, when in *Entick v. Carrington*, *supra*, it was flatly stated that if state authorities enter a house without the express permission of Parliament or the common law, they commit a trespass. No exception to this principle has since been made to permit a search in exigent circumstances or otherwise. The principle has in recent years been restated in *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2, where this Court unanimously held that police who enter and search a dwelling-house without a warrant are trespassers, and that specific statutory authority is required to alter this rule. Moreover, Ritchie J. made it clear that any such provision would be narrowly interpreted, concluding, at p. 10, that “any provision authorizing police officers to search and enter private property must be phrased in express terms” (emphasis added). The terms of ss. 10 and 12 of the *Narcotic Control Act* are clear. They authorize entry into a dwelling-house only under the authority of a warrant. No exception is made for exigent circumstances; there is thus no “specific statutory authority” to use the words of Ritchie J. There is no mention of exigent circumstances as a ground for an unwarranted police entry to search a dwelling-house. The common law since *Entick v. Carrington* has created no such justification, and it would require a marked departure from the law as set forth in *Colet v. The Queen* to do so, one that would involve a consideration of whether this conformed to s. 8 of the *Charter*.

est consacré dans la common law. Il remonte à au moins 230 ans, au moment où on a catégoriquement affirmé, dans l’arrêt *Entick c. Carrington*, précité, que commettent une intrusion les autorités de l’État qui entrent dans un domicile sans y être expressément autorisées par le législateur ou par la common law. Aucune exception à ce principe n’a été faite depuis pour permettre une perquisition dans une situation d’urgence ou autre. Au cours des dernières années, ce principe a été repris dans l’arrêt *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2, où notre Cour a statué à l’unanimité que des policiers qui entrent et qui perquisitionnent sans mandat dans une maison sont des intrus, et qu’un pouvoir spécifique prévu par la loi est requis pour modifier cette règle. De plus, le juge Ritchie a clairement indiqué que toute disposition de ce genre serait interprétée de manière restrictive, concluant, à la p. 10, qu’«une disposition autorisant les policiers à pénétrer sur une propriété privée et à y perquisitionner doit être rédigée en termes explicites» (je souligne). Le texte des art. 10 et 12 de la *Loi sur les stupéfiants* est clair. Il n’autorise la perquisition d’une maison d’habitation qu’après l’obtention d’un mandat. Il ne prévoit aucune exception pour les situations d’urgence; par conséquent, pour reprendre les termes du juge Ritchie, il n’existe aucun «pouvoir spécifique prévu par la loi». Il n’est pas non plus prévu que les situations d’urgence justifient l’entrée sans mandat de la police dans une maison d’habitation pour y effectuer une perquisition. Depuis l’arrêt *Entick c. Carrington*, la common law n’a créé aucune justification de ce genre et, pour ce faire, il faudrait une dérogation marquée à la règle énoncée dans l’arrêt *Colet c. La Reine*, une dérogation qui comporterait un examen de la question de savoir si cela était conforme à l’art. 8 de la *Charte*.

51 This Court in *Grant*, *supra*, has, it is true, recognized that a warrantless search of the perimeter of a dwelling-house may be effected under the *Narcotic Control Act* and is permissible under s. 8 of the *Charter* where there are exigent circumstances necessitating immediate police action such as (at pp. 241-42) “an imminent danger of the loss, removal, destruction or disappearance of the evidence . . . if the search or seizure is delayed”. It is

Il est vrai que, dans l’arrêt *Grant*, précité, notre Cour a reconnu qu’une perquisition périphérique d’une maison d’habitation peut être effectuée sans mandat en vertu de la *Loi sur les stupéfiants* et est acceptable en vertu de l’art. 8 de la *Charte* lorsqu’il existe une situation d’urgence nécessitant une intervention immédiate de la police, tel (aux pp. 241 et 242) «un risque imminent que les éléments de preuve [. . .] soient perdus, enlevés, détruits ou

noteworthy, however, that from the very first paragraph Sopinka J. confines his reasons to places other than a dwelling-house.

Reference was also made to some cases where the Supreme Court of the United States has taken a more permissive approach. It must be remembered, however, that this Court has generally adopted a more protective attitude towards individual privacy than its American counterpart in recent years. As well, in making a comparative analysis with United States jurisprudence in this area, it should not be forgotten that that country's judiciary has chosen to develop techniques of justification for allowing the use of evidence, which it may be unnecessary to import into the Canadian context given the balancing mechanism provided by s. 24(2) of the *Charter*. As Dickson J. (as he then was) has reminded us in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, caution should be exercised in using American techniques too liberally without an awareness of the context out of which they arose.

Even if exigent circumstances could be used as a justification for police searches of a dwelling-house without a warrant, I do not think such circumstances existed in this case. The facts here were such that the police could have obtained a warrant before beginning their operation. The exigent circumstances here arose solely out of the manner in which the police chose to structure the operation, i.e., they created their own exigent circumstances. In *Grant*, *supra*, Sopinka J. made it clear that exigent circumstances could only be relied on where obtaining a search warrant was impracticable. This point will come out more clearly in my discussion of the issue of urgency under s. 24(2), which (in view of my holding that exigent circumstances have no role to play in this case) is the appropriate context to consider it.

I conclude, therefore, that there was a search and a seizure in breach, indeed serious breach, of s. 8

qu'ils disparaissent si la fouille, la perquisition ou la saisie est retardée». Il convient toutefois de souligner que, dès le tout premier paragraphe, le juge Sopinka restreint ses motifs à d'autres endroits qu'une maison d'habitation.

Il a aussi été question de certains arrêts où la Cour suprême des États-Unis a adopté un point de vue plus permissif. Il faut toutefois se rappeler que notre Cour a, en règle générale, adopté une attitude plus protectrice à l'égard de la vie privée des particuliers que ne l'a fait son homologue américaine au cours des dernières années. De même, en effectuant une analyse comparative de la jurisprudence américaine en la matière, il ne faudrait pas oublier que la magistrature de ce pays a choisi de mettre au point des techniques de justification pour permettre l'utilisation d'éléments de preuve et qu'il est peut-être inutile de les transposer dans le contexte canadien compte tenu du mécanisme de pondération prévu par le par. 24(2) de la *Charte*. Comme nous l'a rappelé le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, nous devrions prendre garde d'utiliser trop libéralement des techniques américaines sans en connaître le contexte d'origine.

Même si l'existence d'une situation d'urgence pouvait servir à justifier la police de perquisitionner sans mandat dans une maison d'habitation, je ne pense pas qu'une telle situation existait en l'espèce. D'après les faits, les policiers auraient pu obtenir un mandat avant de commencer leur opération. La situation d'urgence n'a découlé, en l'espèce, que de la manière dont ils ont choisi d'organiser leur opération, c'est-à-dire qu'ils ont créé leur propre situation d'urgence. Dans l'arrêt *Grant*, précité, le juge Sopinka a clairement indiqué qu'on ne pouvait invoquer une situation d'urgence que lorsqu'il était impossible d'obtenir un mandat de perquisition. Ce point ressortira encore davantage de mon analyse de l'urgence en vertu du par. 24(2), qui (étant donné que j'ai statué que la situation d'urgence ne joue aucun rôle en l'espèce) constitue le contexte approprié pour examiner cette question.

Par conséquent, je conclus qu'il y a eu une perquisition et une saisie qui ont violé, et ce grave-

52

53

54

of the *Charter* in a manner plainly prohibited by the clear language of ss. 10 and 12 of the *Narcotic Control Act*. The presence of exigent circumstances is, therefore, not a relevant consideration and there were, in any event, no circumstances here that could properly be considered as exigent.

Section 24(2) of the *Charter*

55 While it is well established that the findings of the courts below regarding s. 24(2) issues are ordinarily accorded considerable deference, that is not so where such findings flow from errors in the applicable principles, as I think was the case here.

56 The first determination that must be made in a s. 24(2) analysis is whether a *Charter* violation occurred in the course of obtaining the evidence. As Sopinka J. noted in *Grant, supra*, there need only be a sufficient temporal connection between the warrantless search and the evidence ultimately obtained to require an analysis under s. 24(2) of the *Charter*. That case confirmed the position taken in *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, where it was held that a causal connection is not required. Rather, one must focus on the entire chain of events during which the *Charter* violation occurred. At pages 1005-6 of *Strachan*, Dickson C.J. stated:

Accordingly, the first inquiry under s. 24(2) would be to determine whether a *Charter* violation occurred in the course of obtaining the evidence. A temporal link between the infringement of the *Charter* and the discovery of the evidence figures prominently in this assessment, particularly where the *Charter* violation and the discovery of the evidence occur in the course of a single transaction. The presence of a temporal connection is not, however, determinative. Situations will arise where evidence, though obtained following the breach of a *Charter* right, will be too remote from the violation to be "obtained in a manner" that infringed the *Charter*.

ment, l'art. 8 de la *Charte*, d'une manière nettement interdite par les art. 10 et 12 de la *Loi sur les stupéfiants*. L'existence d'une situation d'urgence ne constitue donc pas un facteur pertinent et, de toute façon, il n'y avait en l'espèce aucune situation qui pouvait être qualifiée à bon droit d'urgente.

Le paragraphe 24(2) de la *Charte*

Même s'il est bien établi que l'on fait habituellement preuve de beaucoup de retenue à l'égard des conclusions des tribunaux d'instance inférieure sur des questions concernant le par. 24(2), ce n'est pas le cas lorsque ces conclusions découlent d'erreurs dans les principes applicables, comme je crois que c'était le cas en l'espèce.

Dans une analyse fondée sur le par. 24(2), il faut tout d'abord décider si une violation de la *Charte* a été commise en recueillant les éléments de preuve. Comme l'a signalé le juge Sopinka dans l'arrêt *Grant*, précité, un lien temporel suffisant entre la perquisition sans mandat et les éléments de preuve finalement obtenus suffit pour nécessiter une analyse fondée sur le par. 24(2) de la *Charte*. Cet arrêt a confirmé la position adoptée dans l'arrêt *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, où on a statué qu'un lien de causalité n'est pas requis. Il faut plutôt se concentrer sur toute la suite des événements pendant lesquels s'est produite la violation de la *Charte*. Aux pages 1005 et 1006 de l'arrêt *Strachan*, le juge en chef Dickson affirme:

En conséquence, la première étape de l'examen prévu au par. 24(2) consisterait à déterminer si une violation de la *Charte* a été commise en recueillant des éléments de preuve. L'existence d'un lien temporel entre la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve revêt une importance particulière dans cette évaluation, surtout lorsque la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve se produisent au cours d'une seule et même opération. Toutefois, la présence d'un lien temporel n'est pas déterminante. Il y aura des cas où les éléments de preuve, bien qu'ils aient été obtenus suite à la violation d'un droit garanti par la *Charte*, seront trop éloignés de la violation pour avoir été «obtenus dans des conditions» qui portent atteinte à la *Charte*.

In *Grant, supra, Kokesch, supra*, and *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263, the Court found that there was a sufficient temporal link between warrantless perimeter searches made in breach of s. 8 of the *Charter* and the subsequent discovery of the evidence pursuant to a valid search to warrant examination under s. 24(2). Even where a perimeter search was not essential to the search conducted pursuant to the warrant, the Court held, the actions all form “component parts of an ongoing investigation and thus are not sufficiently remote from one another to diminish their temporal connection”; see *Wiley*, at p. 278.

Here, as in *Grant*, at p. 254, the s. 8 violation occurred during “the investigatory process . . . quite apart from the fact that a reasonable search was undertaken subsequently pursuant to a valid warrant”. There is no issue that there was not a sufficient temporal connection between the unwarranted entry and the finding of the evidence. The initial entry, the seizure of the house and its occupants, and the finding of the evidence can only be seen as part of one continuous transaction. This point is obvious: the police purposefully timed their warrantless entry into the house, together with the warranted search for drugs, as one continuous transaction so that there would be no removal or destruction of the evidence they suspected was in the appellant’s house. I note that the Crown effectively conceded this point on appeal and I am in agreement with Cory J.’s holding, at p. 363, that

there can be no artificial division between the entry into the home by the police and the subsequent search of the premises made pursuant to the warrant. The two actions are so intertwined in time and in their nature that it would be unreasonable to draw an artificial line between them in order to claim that, although the initial entry was improper, the subsequent search was valid.

However, in my view, my colleague later departs from this reasoning when, in attempting to

Dans les arrêts *Grant* et *Kokesch*, précités, ainsi que *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263; la Cour a conclu à l’existence d’un lien temporel suffisant entre les perquisitions périphériques effectuées sans mandat contrairement à l’art. 8 de la *Charte* et la découverte ultérieure des éléments de preuve conformément à un mandat valide, pour justifier un examen en vertu du par. 24(2). Même dans le cas où une perquisition périphérique n’était pas essentielle à la perquisition effectuée conformément au mandat, la Cour a statué que chacun de ces actes fait «partie intégrante d’une enquête en cours et ils [ne sont] en conséquence pas suffisamment séparés les uns des autres pour affaiblir le lien temporel existant entre eux»; voir l’arrêt *Wiley*, à la p. 278.

En l’espèce, comme ce fut le cas dans l’affaire *Grant*, à la p. 254, il y a eu une violation de l’art. 8 lors «de l’enquête, indépendamment du fait qu’une perquisition non abusive a été effectuée conformément à un mandat valide». Il est indubitable qu’il n’existait aucun lien temporel suffisant entre l’entrée sans mandat et la découverte des éléments de preuve. L’entrée initiale, la mise sous saisie de la demeure et de ses occupants, et la découverte des éléments de preuve ne peuvent être considérées que comme des éléments d’une seule opération continue. Cela est évident: les policiers ont organisé leur entrée sans mandat dans la demeure, ainsi que leur perquisition avec mandat pour trouver la drogue, comme une seule opération continue de manière à empêcher la suppression ou la destruction des éléments de preuve qui, soupçonnaient-ils, se trouvaient au domicile de l’appelant. Je souligne que le ministère public a effectivement reconnu ce point en appel et je suis d’accord avec la conclusion du juge Cory (à la p. 363) selon laquelle:

. . . il ne saurait y avoir de distinction artificielle entre l’entrée dans la demeure par la police et la perquisition qu’elle a ensuite effectuée dans les lieux conformément au mandat. Les deux activités sont si étroitement liées dans le temps et par leur nature qu’il serait déraisonnable d’établir une distinction artificielle entre elles pour soutenir que la perquisition subséquente était valide malgré l’irrégularité de l’entrée initiale.

J’estime, toutefois, que mon collègue déroge plus loin à ce raisonnement lorsqu’en tentant d’éta-

57

58

59

distinguish this Court's decision in *Kokesch*, he states at p. 365: "This case is very different. No evidence was obtained as a result of the illegal entry onto the premises." With all respect I disagree. As I see it, the first of these passages dictates otherwise: the illegal entry, the occupation of the house and the recovery of the evidence cannot be artificially separated.

The Factors to be Considered

60

In *Collins, supra*, at pp. 283-84, Lamer J., as he then was, set forth a number of criteria to be examined in determining whether the admission of the 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?
- 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?

The most important of these questions in terms of this appeal concern the good faith of the police, the circumstances of urgency, and the availability of other investigative techniques. These factors are frequently grouped under three general headings: (1) those affecting the fairness of the trial; (2) those relating to the seriousness of the *Charter* violation; and (3) those relating to the effect on the

blir une distinction d'avec l'arrêt *Kokesch* de notre Cour, il dit (à la p. 365): «La situation est très différente en l'espèce. Aucun élément de preuve n'a été obtenu à la suite de l'entrée illégale dans les lieux.» En toute déférence, je ne partage pas ce point de vue. Selon moi, le premier de ces passages nous oblige à conclure autrement: il ne saurait y avoir de distinction artificielle entre l'entrée illégale, l'occupation de la maison et la récupération des éléments de preuve.

Les facteurs dont il faut tenir compte

Dans l'arrêt *Collins*, précité, aux pp. 283 et 284, le juge Lamer, maintenant Juge en chef, a énoncé un certain nombre de critères qu'il faut examiner pour déterminer s'il convient d'écarter les éléments de preuve obtenus en violation d'un droit garanti par la *Charte*, pour le motif que leur utilisation tend à déconsidérer l'administration de la justice, à savoir:

- 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?
- la violation [de la *Charte*] était-elle intentionnelle, volontaire ou flagrante, ou a-t-elle été commise par inadvertance ou de bonne foi?
- la violation [de la *Charte*] 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?

Parmi ces questions, les plus importantes pour le présent pourvoi concernent la bonne foi de la police, la situation d'urgence et la possibilité de recourir à d'autres méthodes d'enquête. Ces facteurs sont fréquemment regroupés 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 de la *Charte*, et (3) ceux qui se rappor-

reputation of justice. I add that the evidence should be rejected if its admission would result in an unfair trial. But that does not end the matter. It may also be rejected if the breach is serious even without causing the trial to be unfair; see *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at pp. 207-8, *per Sopinka J.*

Trial Fairness

This Court has warned against the dangers of an *ex post facto* analysis in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*. This counsel must be considered when determining the effect of the admission of evidence upon the fairness of a trial. It can always be maintained that when the police enter a house without a warrant and incriminating evidence is found, there has been no prejudice to the appellant as the evidence could have been found anyway. Can we be sure that the evidence would have been found, absent destruction and removal, had the police waited for the warrant before entering the house? At best, without engaging in an *ex post facto* analysis, we can only assume that the evidence would probably have been found. While I agree that the admission of the real evidence of the rock cocaine and drug money would be unlikely to affect the fairness of the trial, buttressing this conclusion with hindsight is indicative of precarious logic.

Seriousness of the Charter Violation

As mentioned, the right infringed, the right to privacy in one's home, is one of the most cherished rights in our society; see *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145, and *Colet v. The Queen*, *supra*. Cory J. has rightly noted the fundamental nature of this right and found that the police seriously breached the appellant's right of privacy by entering his home without a warrant. In my view, the exceptional and

tent à l'effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice. J'ajoute que les éléments de preuve devraient être rejetés si leur utilisation devait entraîner un procès inéquitable. Mais ce n'est pas tout. Ils peuvent également l'être lorsque la violation est grave même si elle ne rend pas le procès inéquitable; voir l'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, aux pp. 207 et 208, le juge Sopinka.

L'équité du procès

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, notre Cour a fait une mise en garde contre les dangers d'une analyse après coup. Il faut tenir compte de ce conseil lorsque l'on détermine l'effet de l'utilisation d'éléments de preuve sur l'équité d'un procès. On peut toujours prétendre que lorsque des policiers entrent sans mandat dans une maison et qu'ils y trouvent des éléments de preuve incriminants, aucun préjudice n'est causé à l'appellant parce que les éléments de preuve auraient été découverts de toute façon. Pouvons-nous être sûrs que, s'ils avaient attendu le mandat avant d'entrer dans la maison, les policiers auraient découvert les éléments de preuve, à moins qu'ils n'aient déjà été détruits ou supprimés? Au mieux, sans nous engager dans une analyse après coup, nous pouvons seulement présumer que les éléments de preuve auraient probablement été découverts. Même si je suis d'accord pour dire que l'utilisation de la preuve matérielle que constituent la cocaïne sous forme de cristaux et l'argent tiré de la vente de drogue ne porterait probablement pas atteinte à l'équité du procès, préconiser cette conclusion rétrospectivement traduit une logique fragile.

La gravité de la violation de la Charte

Tel que mentionné, le droit qui a été violé, celui à la vie privée d'une personne qui se trouve dans son domicile, est l'un des droits les plus vénérés dans notre société; voir les arrêts *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145, et *Colet c. La Reine*, précité. Le juge Cory a souligné à juste titre le caractère fondamental de ce droit et a conclu que la police a gravement porté atteinte au droit de l'appellant à la vie privée en entrant sans mandat dans son domicile. À mon avis, les indices rares et exceptionnels qui

rare *indicia* that might justify such a breach are not present.

Good Faith

63 I have serious concerns about the conduct of the police. It betrays a pattern of disregard for the rights of the appellant that further aggravates the seriousness of the s. 8 *Charter* breach; see *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755. There was no finding by the trial judge that the police acted in good faith, and considerable evidence to indicate the contrary.

64 I am initially troubled by the fact that the s. 8 violation was committed by officers who, to put the best possible face on it, seemed ill-informed about the extent of their authority. I do not find it reassuring that the police believed they had the right to enter the house to preserve the evidence. As Sopinka J. stated 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". . . .

Similarly in *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417, where there was no evidence that the respondent's rights were knowingly breached, this Court made it clear, at p. 440, that such lax police procedures could not be condoned.

65 The police surely knew, or ought to have known, that a warrantless entry was, to say the least, highly unorthodox. That they had largely prepared the required information before their strategic take-down meeting demonstrates that they were well aware that a warrant was required to permit entry into the house. It would be alarming if they were not so apprised; s. 10 of the *Narcotic Control Act*, the statute under which they were operating, says so in so many words. Further, the police knew, or ought to have known, that the *Charter* has enshrined the right to be secure against unwarranted police entry into a dwelling, a right that has been regarded as fundamental for

pourraient justifier une telle violation ne sont pas présents.

La bonne foi

Le comportement des policiers me préoccupe sérieusement. Il trahit un mépris systématique des droits de l'appelant qui aggrave davantage la violation de l'art. 8 de la *Charte*; voir l'arrêt *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755. Le juge du procès n'a pas conclu que les policiers avaient agi de bonne foi et de nombreux éléments de preuve indiquent le contraire.

Je suis tout d'abord troublé par le fait que la violation de l'art. 8 a été commise par des policiers qui, le mieux que l'on puisse dire, semblaient mal renseignés au sujet de l'étendue de leur pouvoir. J'estime qu'il n'est guère rassurant que les policiers aient cru avoir le droit d'entrer dans la maison pour préserver les éléments de preuve. Comme le juge Sopinka le dit 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» . . .

De même, dans l'arrêt *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417, où il n'y avait aucune preuve que les droits de l'intimé avaient été sciemment violés, notre Cour a clairement indiqué, à la p. 440, qu'on ne saurait excuser des méthodes aussi relâchées de la part de la police.

Les policiers savaient sûrement, ou auraient dû savoir, qu'une entrée sans mandat était, le moins que l'on puisse dire, tout à fait inhabituelle. Le fait qu'ils aient préparé en grande partie la dénonciation requise avant leur réunion stratégique où ils ont discuté de la descente indique qu'ils savaient fort bien qu'un mandat était requis pour pouvoir pénétrer dans la maison. Le contraire serait inquiétant; l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*, la disposition en vertu de laquelle ils ont agi, le précise en toutes lettres. De plus, les policiers savaient, ou auraient dû savoir, que la *Charte* a consacré le droit à la protection contre l'entrée sans mandat de la police dans un domicile, droit qui est considéré

some 400 years. The following remarks of Sopinka J. in *Kokesch*, at pp. 33-34, are instructive here:

Any doubt [the police] may have had about their ability to trespass in the absence of specific statutory authority to do so was manifestly unreasonable, and cannot, as a matter of law, be relied upon as good faith for the purposes of s. 24(2).

...

Where, however, police powers are already constrained by statute or judicial decisions, it is not open to a police officer to test the limits by ignoring the constraint and claiming later to have been "in the execution of my duties". This excuse has been obsolete since, at least, the decision of this Court in *Colet*. . . .

As is unfortunately often the case when one encounters a serious *Charter* breach, it was accompanied by other highly questionable police conduct. Thus the manner in which they procured the warrant is open to serious criticism. One of the senior officers in charge of the operation, Clifford, failed to inform the issuing justice that six police officers with weapons drawn had already entered and occupied the house for which the warrant permitting entry was being sought. With respect, I find it surprising that the trial judge accepted that the officer believed such information to be "non-material". The officer's oversight is particularly troubling when one considers that, less than an hour before, he had purposely lied to the appellant, telling him that police occupation of the house already had been effected, which he had not yet confirmed, so as to encourage the appellant to tell the police whether there was cocaine in the house. In light of the evidence, I am satisfied that the justice would probably have issued the warrant even if he had known. But that is not the point. The fact withheld seems obviously relevant, and it was up to the justice, not the police, to decide whether it was material. The protection afforded a dwelling-house by the requirement to obtain a search warrant from an impartial judicial officer before the police can search it could become an empty formality unless the judicial officers were apprised of all relevant information. All these actions com-

comme fondamental depuis quelque 400 ans. Les remarques suivantes du juge Sopinka dans l'arrêt *Kokesch*, aux pp. 33 et 34, sont instructives ici:

Tout doute qu'elle [la police] aurait pu avoir quant à sa capacité de commettre une intrusion en l'absence d'un pouvoir expressément prévu par la loi à cette fin était manifestement déraisonnable et ne saurait, en droit, être invoqué pour justifier sa bonne foi aux fins du par. 24(2).

...

Mais, lorsque les pouvoirs de la police sont déjà limités par une loi ou par des décisions judiciaires, il n'est pas loisible à un agent de police de tester ces limites en n'en tenant pas compte et en prétendant par la suite avoir été «dans l'exercice de ses fonctions». Cette excuse ne peut plus être invoquée depuis au moins la décision de notre Cour dans l'arrêt *Colet*. . . .

Comme c'est malheureusement souvent le cas lorsqu'il se produit une violation grave de la *Charte*, celle-ci était accompagnée d'autres comportements fort discutables de la part des policiers. Ainsi, il est possible de formuler de sérieuses critiques sur la manière dont ils ont obtenu le mandat. L'un des officiers supérieurs chargés de l'opération, Clifford, n'a pas indiqué au juge de paix que six policiers avaient déjà investi, l'arme à la main, la demeure pour laquelle un mandat de perquisition était demandé. En toute déférence, je trouve étonnant que le juge du procès ait accepté que le policier croyait que ce renseignement «n'était pas important». Cette omission du policier est particulièrement troublante si l'on considère que, moins d'une heure auparavant, il avait menti délibérément à l'appelant en lui disant que des policiers occupaient déjà son domicile, ce qu'il n'avait pas encore vérifié, afin de l'inciter à dire à la police s'il y avait de la cocaïne chez lui. Compte tenu de la preuve, je suis convaincu que le juge de paix aurait probablement décerné le mandat même s'il l'avait su. Mais là n'est pas la question. Le fait qui n'a pas été communiqué semble manifestement pertinent et il appartenait au juge de paix, et non au policier, de décider de son importance. La protection relative aux maisons d'habitation qui résulte de l'obligation pour les policiers d'obtenir un mandat d'un officier de justice impartial pour pouvoir effectuer une perquisition pourrait ne devenir

pound a mounting unfavourable impression of the way in which the warrant was sought. But that does not end the litany of questionable conduct.

67 The seriousness of the breach was further exacerbated by Clifford's attempt to have the appellant incriminate himself while he was in custody and had not yet had an opportunity to speak to a lawyer in order to strengthen the grounds supporting the request for the search warrant. By informing the appellant that police were inside his house in order to solicit a confession or further evidence to buttress the warrant they had yet to acquire, the police manipulated the fears and concerns of the appellant for the members of his family who were present in the house. This type of behaviour is unacceptable. The resulting evidence was properly rejected. I see no reason why the police should think they could use it for the purposes of obtaining a search warrant.

68 The denial of the appellant's right to telephone counsel from the time of his arrival at the police station until after he had provided the combination to the locked gym bag containing the cocaine and drug money is yet another component in a continuing pattern of disregard for the rights of the appellant. The police officer who made the decision to deny the appellant access to a telephone, cited concern for the safety of the officers in control of the Dufferin Street house and that evidence might be destroyed. His testimony, that it was his policy, and not that of the police department, to deny accused persons access to the telephone is indicative of a general nonchalance on the part of this police investigation team of the need to operate within the confines of established patterns of conduct. This seems to be precisely the type of zealous, well meaning, but insidious encroachment that Brandeis J. long ago identified as the greatest danger to liberty; see *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), at p. 479, cited in *Dymnt*,

qu'une formalité vide de sens à moins que les officiers de justice en cause ne soient informés de tous les renseignements pertinents. Chacun de ces actes contribue à créer une impression défavorable quant à la manière dont le mandat a été demandé. Mais là ne s'arrête pas la litanie des comportements discutables.

En essayant, pour renforcer les motifs invoqués à l'appui de la demande de mandat de perquisition, de faire en sorte que l'appellant s'incrimine lui-même pendant qu'il était détenu et qu'il n'avait pas encore eu l'occasion de parler à un avocat, Clifford a aggravé davantage la violation commise. Quand elle a indiqué à l'appellant que des policiers étaient chez lui pour l'amener à avouer ou pour obtenir d'autres éléments de preuve à l'appui de la demande de mandat, la police s'est servie des craintes et des inquiétudes de ce dernier au sujet des membres de sa famille qui étaient à son domicile. Ce genre de comportement est inacceptable. La preuve qu'il a permis d'obtenir a été rejetée à juste titre. Je ne vois pas pourquoi les policiers devraient penser qu'ils pouvaient l'utiliser pour obtenir un mandat de perquisition.

Le refus de permettre à l'appellant de téléphoner à un avocat comme il en avait le droit, depuis son arrivée au poste de police jusqu'à ce qu'il ait fourni la combinaison du cadenas du sac de sport qui contenait la cocaïne et l'argent, est un autre aspect du mépris systématique des droits de l'appellant. Le policier qui a pris la décision de refuser à l'appellant l'accès à un téléphone a dit qu'il craignait pour la sécurité des policiers qui contrôlaient la maison de la rue Dufferin, et que des éléments de preuve ne soient détruits. Son témoignage voulant que c'était lui et non le service de police qui avait comme politique de refuser aux accusés l'accès à un téléphone dénote, chez cette équipe de policiers enquêteurs, une insouciance générale à l'égard de la nécessité d'agir conformément aux modèles de comportement établis. Il semble ici s'agir précisément du genre d'empiètement zélé, de bonne foi mais insidieux que le juge Brandeis a, depuis longtemps, décrit comme le plus grand danger pour la liberté; voir l'arrêt *Olmstead c. United*

supra, at pp. 436-37, and in *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at pp. 575-76.

My concerns with the police conduct in this investigation are in no way assuaged by the fact that the search warrant would almost certainly have issued. Rather than engaging in *ex post facto* rationalizations, what we should be considering is why, if there was already more than sufficient evidence, a warrant was not requested before the take-down. If the warrant had been sought and granted immediately prior to the take-down (as all seem agreed it would), then with coordination between the officers making the arrests and those conducting the search, none of the police-created exigencies concerning the feared destruction of evidence would have arisen. The search would have been completed within a matter of minutes and there would have been no reason to hold innocent people under house arrest for well over an hour. If the judicial officer had deemed that there was insufficient evidence to grant a warrant, then the search should not have been made. The police would have been free to continue their investigation until sufficient evidence was available.

Cory J. in his reasons rightly points out that a reasonable way of proceeding with the request for the warrant would have been to alert the issuing justice before the arrests that additional information relevant to the proposed search might be gained during the apprehension of the suspects, which the police would then supply to the justice as soon as possible. I fully agree with my colleague that a reviewing court would have little sympathy for any argument that the police would have been operating under an outdated warrant had they followed such a procedure, diligently conforming with the procedural warrant requirements mandated by law. My colleague believes this was perhaps the best way to proceed. In this case I would go further: absent true exigent circumstances, the *Narcotic Control Act* and the *Charter* mandate that it is the only way to proceed. This conclusion is reinforced when it is remembered

States, 277 U.S. 438 (1928), à la p. 479, cité dans *Dymment*, précité, aux pp. 436 et 437, et dans *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, aux pp. 575 et 576.

Le fait que le mandat de perquisition aurait presque certainement été décerné n'apaise en rien mes inquiétudes au sujet du comportement des policiers lors de cette enquête. Plutôt que de nous lancer dans des rationalisations après coup, nous devrions nous demander pourquoi, si la preuve était déjà plus que suffisante, un mandat n'a pas été demandé avant la descente. Si le mandat avait été demandé et obtenu immédiatement avant la descente (comme tous semblent reconnaître qu'il l'aurait été), la police n'aurait pas alors créé les conditions qui faisaient craindre la destruction d'éléments de preuve s'il y avait eu coordination entre les actions des agents qui effectuaient les arrestations et celles des agents qui effectuaient la perquisition. La perquisition aurait été terminée en quelques minutes et il n'y aurait eu aucun motif de détenir des personnes innocentes à leur domicile pendant bien au-delà d'une heure. Si l'officier de justice avait estimé que la preuve n'était pas suffisante pour décerner un mandat, la perquisition n'aurait pas dû être effectuée. Les policiers auraient pu poursuivre leur enquête jusqu'à ce que les éléments de preuve soient suffisants.

Le juge Cory souligne à juste titre, dans ses motifs, qu'une façon raisonnable de demander le mandat aurait consisté à informer le juge de paix, avant les arrestations, qu'il se pourrait que l'on obtienne, lors de l'apprehension des suspects, des renseignements additionnels pertinents quant à la perquisition projetée, et que la police les lui fournirait dès que possible. Je suis parfaitement d'accord avec mon collègue pour dire qu'un tribunal d'examen se montrerait peu réceptif à un argument selon lequel les policiers auraient agi en vertu d'un mandat périmé s'ils avaient procédé ainsi, en se conformant assidûment aux exigences procédurales que la loi prescrit en matière de mandats. Mon collègue croit qu'il s'agissait peut-être là de la meilleure façon de procéder. J'irais plus loin en l'espèce: la *Loi sur les stupéfiants* et la *Charte* prévoient qu'il s'agit de la seule manière de procéder en l'absence d'une véritable situation d'ur-

that Parliament has made it easier for the police to avoid exigent entries in s. 487.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, by providing for telewarrants; see especially, s. 487.1(5). This is a rapid and readily available means by which warrant requirements can be met when it is impracticable for a police officer to appear before a justice. The fact that the police had available such permissible and practical techniques for conducting their investigation in conformity with the *Charter*, but chose instead to sequence their operations in a manner that seriously offended fundamental liberty interests, further exacerbates the severity of the *Charter* breach; see *Collins*, at p. 285.

gence. Cette conclusion est d'autant plus juste si on se souvient qu'à l'art. 487.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, le législateur a facilité la tâche des policiers pour ce qui est d'éviter les entrées d'urgence, en prévoyant les télémandats; voir, plus particulièrement, le par. 487.1(5). Il s'agit là d'un moyen rapide et facilement accessible de satisfaire aux exigences en matière de mandat lorsqu'un policier est dans l'impossibilité de se présenter devant un juge de paix. Le fait que les policiers pouvaient recourir à de telles autres méthodes acceptables et pratiques pour effectuer leur enquête conformément à la *Charte*, mais qu'ils ont plutôt choisi d'enchaîner leurs opérations d'une manière qui portait gravement atteinte aux droits fondamentaux à la liberté, aggrave davantage la violation de la *Charte*; voir l'arrêt *Collins*, à la p. 285.

71 Despite this clear pattern of disregard for the rights of the appellant and his family, the Court of Appeal confirmed the trial judge's finding that the entry and search of the home was conducted reasonably. Quite simply, this is not a finding of fact but rather an opinion to which no deference should be given. When the police conduct is examined cumulatively, it is plain that there was nothing reasonable in the manner in which their entire operation was conducted.

Malgré ce mépris systématique évident des droits de l'appelant et de sa famille, la Cour d'appel a confirmé la conclusion du juge du procès que l'entrée et la perquisition dans la résidence avaient été effectuées de façon raisonnable. Tout simplement, il s'agit non pas d'une conclusion de fait mais plutôt d'une opinion à l'égard de laquelle il n'est pas nécessaire de faire preuve de retenue. Lorsque l'on examine globalement le comportement des policiers, il est évident que la manière dont toute leur opération s'est déroulée était loin d'être raisonnable.

72 Finally, any temptation to diminish the seriousness of the s. 8 infringement, because the police were in this instance correct in that they found drugs and marked bills and that a brother who returned to the house may have been aware of the appellant's arrest, should, as this Court has in the past counselled, be strongly resisted; see *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, and *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59. In *Hunter v. Southam Inc.*, Dickson J., at p. 160, gave guidance that bears repeating:

Enfin, il y a lieu, comme notre Cour l'a déjà recommandé, de résister avec vigueur à toute tentative d'atténuer la gravité de la violation de l'art. 8 pour le motif que les policiers avaient raison en l'espèce puisqu'ils ont trouvé de la drogue et des billets marqués, et qu'il se peut qu'un frère de l'appelant qui est retourné au domicile de ce dernier ait été au courant de son arrestation; voir les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, précité, et *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, le juge Dickson, à la p. 160, fait un commentaire qui vaut la peine d'être répété:

Such a *post facto* analysis would, however, be seriously at odds with the purpose of s. 8. That purpose is, as I have said, to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy. That purpose requires a

Cependant, une telle analyse après le fait entrerait sérieusement en conflit avec le but de l'art. 8. Comme je l'ai déjà dit, cet article a pour but de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans

means of preventing unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place. This, in my view, can only be accomplished by a system of prior authorization, not one of subsequent validation. [Emphasis in original.]

In sum, I am struck by the cumulative evidence of a poorly managed operation, a glaring pattern of disregard for *Charter* protected interests of the appellant and his family, and, at best, an inexplicable ignorance of the necessity to apprise a judicial officer fully of all relevant information when seeking a warrant. I have no hesitation in concluding that this extremely serious *Charter* violation was in no way mitigated by police good faith.

Urgency

As set forth in the s. 8 analysis, urgency or exigency faced by the police did not authorize them to enter and search a dwelling without a warrant though, as I there indicated, it is a factor affecting the seriousness of the *Charter* breach to be weighed under s. 24(2) of the *Charter* in considering the admissibility or non-admissibility of evidence gathered as a result of the search.

In the present case, the police maintain that they entered the appellant's home because they feared the public arrests they had just made could prompt occupants of the house, or other interested parties, to get rid of incriminating evidence. While there was no evidence that such a fear was justified, one can empathize with this general type of plight the police may face. The problem in this appeal is that the very circumstances that led to their conclusion that an exigency existed were the direct result of the manner in which they chose to structure their operation. Abella J.A., in her dissent in the Court of Appeal, aptly summarized the sequencing of

leur vie privée. Ce but requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées. Cela ne peut se faire, à mon avis, que par un système d'autorisation préalable et non de validation subséquente. [Souligné dans l'original.]

Somme toute, je suis frappé par la preuve cumulative d'une opération mal dirigée, un mépris systématique flagrant des droits garantis par la *Charte* à l'appelant et à sa famille et, au mieux, une ignorance inexplicable de la nécessité de fournir à l'officier de justice tous les renseignements pertinents lors de la présentation d'une demande de mandat. Je n'ai aucune hésitation à conclure que la bonne foi de la police n'atténue nullement cette violation extrêmement grave de la *Charte*.

Urgence

Tel que précisé dans l'analyse fondée sur l'art. 8, l'urgence à laquelle devaient faire face les policiers ne les autorisait pas à entrer et à perquisitionner sans mandat dans une résidence même si, comme je l'y ai indiqué, il s'agit là d'un facteur influant sur la gravité de la violation de la *Charte* qu'il faut apprécier en vertu du par. 24(2) de la *Charte* en déterminant l'admissibilité ou la non-admissibilité de la preuve recueillie grâce à la perquisition.

En l'espèce, les policiers prétendent qu'ils sont entrés dans le domicile de l'appelant parce qu'ils craignaient que les arrestations qu'ils venaient tout juste d'effectuer en public ne poussent les occupants, ou d'autres parties intéressées, à se débarrasser d'éléments de preuve incriminants. Même si rien ne prouvait qu'une telle crainte était justifiée, on peut comprendre ce type général de situation critique à laquelle la police peut devoir faire face. Le problème en l'espèce est que les circonstances mêmes qui ont amené les policiers à conclure à l'existence d'une situation d'urgence découlaient directement de la manière dont ils avaient décidé d'organiser leur opération. Dans sa dissidence en cour d'appel, le juge Abella a bien résumé le déroulement de l'opération des policiers: [TRADUCTION] «[I]ls ont [. . .] choisi d'effectuer tout

73

74

75

events by the police: "They chose . . . to arrest first, enter second, and obtain authority last."

76

The police testimony at trial conclusively shows there was no need to proceed in this way. The appellant and the co-accused had, without their knowledge, been closely monitored by the police for several days. A group take-down meeting of the main police surveillance squad and assisting team of police was held at 5:00 p.m. on September 18, 1990, some two hours before the public arrests were made. At that preparatory strategy session, one of the squad leaders, Officer Clifford, was assigned the task of acquiring the requisite search warrant. Clifford testified that, by that time, he had already largely completed the preparation of the information necessary to be presented to a judicial officer, whom Parliament alone, by s. 12 of the *Narcotic Control Act* has vested with the authority to grant or deny the police power to enter a dwelling-house. It is not contested, and it is clear from the record, that, at the time of that take-down meeting, the police had already gathered enough information concerning the drug trading activities of the appellant that a search warrant would inevitably have been granted had it been sought before the arrests. However, the police delayed obtaining a warrant and chose instead to make public arrests. Upon making the arrests, they suddenly became concerned that their actions might have been noticed. The police then, not surprisingly, found themselves facing the possibility that the occupants of the house might be notified to destroy the evidence before a search warrant could be acquired. It was this possibility that prompted the police to occupy the appellant's home and control its occupants for an hour and a quarter before the warrant arrived.

77

The pronouncement of this Court in *Grant* as to when searches of a place other than a dwelling-house without a warrant may be made bears repeating. There Sopinka J., for the Court, under-

d'abord l'arrestation, d'entrer ensuite dans la maison et enfin, d'obtenir l'autorisation nécessaire.»

Les témoignages des policiers au procès montrent de façon concluante qu'il n'était pas nécessaire d'agir ainsi. L'appelant et les coaccusés étaient surveillés de près et à leur insu par les policiers, depuis plusieurs jours. À 17 h, le 18 septembre 1990, environ deux heures avant que les arrestations ne soient effectuées en public, la principale escouade de surveillance de la police ainsi que l'équipe de renfort se sont rencontrées pour discuter de la descente. Lors de cette réunion stratégique préparatoire, l'un des chefs d'escouade, l'agent Clifford, a été chargé d'obtenir le mandat de perquisition requis. Clifford a déclaré, dans son témoignage, qu'il avait alors déjà terminé en grande partie la préparation de la dénonciation à présenter à un officier de justice, la seule personne que le législateur a habilitée, à l'art. 12 de la *Loi sur les stupéfiants*, à accorder ou à refuser à la police l'autorisation d'entrer dans une maison d'habitation. On ne conteste pas, et il ressort clairement du dossier, qu'au moment de la réunion préparatoire à la descente, les policiers avaient déjà recueilli suffisamment de données concernant le commerce de drogue auquel se livrait l'appelant, de sorte qu'un mandat de perquisition aurait inévitablement été accordé s'il avait été demandé avant les arrestations. Toutefois, les policiers ont différé l'obtention d'un mandat et ont plutôt choisi d'effectuer des arrestations en public. Au moment des arrestations, ils se sont soudainement inquiétés de la possibilité que leurs actions aient été remarquées. Comme on pouvait s'y attendre, les policiers se sont ensuite retrouvés face à la possibilité que les occupants de la maison soient avisés de détruire les éléments de preuve avant qu'un mandat de perquisition ne puisse être obtenu. C'est cette possibilité qui a poussé les policiers à occuper le domicile de l'appelant et à en maîtriser les occupants pendant une heure et quart avant l'obtention du mandat.

Il vaut peut-être la peine de répéter ce qu'a dit notre Cour dans l'arrêt *Grant* au sujet du moment où les perquisitions dans un autre endroit qu'une maison d'habitation peuvent être faites sans man-

lined the limited character of this exception. He stated, at p. 241:

... I have concluded that warrantless searches pursuant to s. 10 NCA must be limited to situations in which exigent circumstances render obtaining a warrant impracticable. Warrantless searches conducted under any other circumstances will be considered unreasonable and will necessarily violate s. 8 of the *Charter*. [Emphasis added.]

The requirements for the search of a dwelling-house should be more stringent still, and I think it is relevant in considering the issue of urgency in relation to warrantless searches of dwelling. In this case, was it impracticable to obtain a warrant in this situation? Clearly not. The police could have sought a warrant before the take-down. To put it another way, they could have delayed the operation until the warrant had been granted. Instead they created their own exigency in their sequencing of the arrests. If they did not know that public arrests, anticipated and planned well in advance, could create an exigent situation if a warrant was not already in place, then they certainly ought to have known.

The exceptional character of a warrantless search in criminal matters is evident from the paucity of authority. We have been directed to no case, either in Canada or in England, where the courts have allowed a police practice of securing a dwelling-house when the police could have structured their investigation so as to conform to the law's requirement to obtain a search warrant. One would like to think the reason for this is that the police know better. I have, however, alluded to the fact that in the United States exigent circumstances have exceptionally been held to authorize a warrantless search, even of a dwelling-house. Even in the different context of the United States, however, the permissive attitude displayed in some of the cases was the product of a sharply divided Supreme Court where the dissents of the rightly celebrated civil libertarians on that court are more

dat. Dans cet arrêt, le juge Sopinka, a souligné, au nom de la Cour, le caractère restreint de cette exception. Voici ce qu'il affirme, à la p. 241:

... j'ai conclu que les perquisitions sans mandat prévues à l'art. 10 LS doivent être autorisées seulement lorsqu'une situation d'urgence rend pratiquement impossible l'obtention d'un mandat. Les perquisitions sans mandat effectuées dans toute autre circonstance seront considérées comme abusives et nécessairement contraire à l'art. 8 de la *Charte*. [Je souligne.]

Les conditions relatives à la perquisition dans une maison d'habitation devraient être encore plus strictes et je pense que cela s'applique lors de l'examen de la question de l'urgence dans le cas de perquisitions sans mandat dans des maisons d'habitation. En l'espèce, était-il impossible d'obtenir un mandat? Certainement pas. Les policiers auraient pu demander un mandat avant la descente. Autrement dit, ils auraient pu retarder leur opération jusqu'à ce qu'un mandat leur ait été décerné. Ils ont plutôt créé leur propre situation d'urgence en procédant comme ils l'ont fait aux arrestations. Les policiers auraient sûrement dû savoir que des arrestations effectuées en public et planifiées longtemps d'avance pourraient créer une situation d'urgence si aucun mandat n'avait encore été décerné.

L'absence de précédents en la matière montre le caractère exceptionnel des perquisitions sans mandat en matière criminelle. On ne nous a signalé aucune décision, que ce soit au Canada ou en Angleterre, où les tribunaux ont permis à la police d'investir une maison d'habitation alors qu'elle aurait pu organiser son enquête de manière à se conformer à l'exigence légale d'obtenir un mandat de perquisition. On aimerait croire qu'il en est ainsi parce que la police est trop avisée pour agir de cette manière. J'ai toutefois mentionné le fait que, dans des cas exceptionnels, on a jugé, aux États-Unis, que l'urgence d'une situation peut permettre une perquisition sans mandat, même dans une maison d'habitation. Mais même dans le contexte différent qui existe aux États-Unis, l'attitude permissive dont on a fait preuve dans certains cas résultait d'un partage marqué de la Cour suprême, où les dissidences des célèbres défenseurs des libertés civiles, qui siégeaient à cette cour, sont

consonant with our own traditions of liberty. I shall briefly review these cases.

79 *United States v. Santana*, 427 U.S. 38 (1976), though not constituting as serious an infringement, closely parallels the present situation. There an undercover police officer, Gilletti, purchased drugs from an intermediary, McCafferty, in a car outside the house of the apparent supplier, Santana. The police then drove McCafferty a very short distance and publicly arrested her. The police immediately returned to the suspected house, made a warrantless entry into her house, arrested Santana, and seized the drug money used in the transaction with McCafferty. An officer explained the alleged exigent circumstances necessitating a warrantless entry in this way (at p. 47): "We were a block and a half from [Santana's] home when the arrest [of McCafferty] was made. I am sure that the word would have been back within a matter of seconds or minutes."

80 A majority of the Supreme Court held the search valid. For my part, however, I adopt, as the appropriate stance to be taken in Canada, the following remarks from the dissenting reasons of Marshall J. (Brennan J. concurring) who, in the course of considering the argument that news of the arrest would quickly spread and so give rise to exigent circumstances, stated at pp. 47-49:

That is undoubtedly a reasonable conclusion to draw from the facts of the arrest; and the danger that the evidence would be destroyed and the suspects gone before a warrant could be obtained would ordinarily justify the police's quick return to Santana's home and the warrantless entry and arrest. . . .

I do not believe, however, that these exigent circumstances automatically validate Santana's arrest. The exigency that justified the entry and arrest was solely a product of police conduct. Had Officer Gilletti driven McCafferty to a more remote location before arresting her, it appears that no exigency would have been created by the arrest; in such an event a warrant would have

davantage compatibles avec nos traditions de liberté. Je vais examiner ces arrêts brièvement.

L'arrêt *United States c. Santana*, 427 U.S. 38 (1976), où il n'était toutefois pas question d'une atteinte aussi grave, ressemble beaucoup à la présente situation. Dans cette affaire, un policier en civil, Gilletti, a acheté de la drogue à une intermédiaire, McCafferty, dans une voiture à l'extérieur de la maison du fournisseur apparent, Santana. Le policier a ensuite conduit McCafferty un peu plus loin et il l'a arrêtée en public. La police est immédiatement retournée à la maison suspecte, y est entrée sans mandat, a arrêté Santana et a saisi l'argent ayant servi à acheter la drogue à McCafferty. Un policier a expliqué de la manière suivante la situation d'urgence qui aurait nécessité l'entrée sans mandat (à la p. 47): [TRADUCTION] «Nous étions à un pâté et demi de maisons de la résidence [de Santana] lorsque l'arrestation [de McCafferty] a été effectuée. Je suis sûr que la nouvelle se serait répandue en l'espace de quelques secondes ou de quelques minutes.»

La Cour suprême a statué, à la majorité, que la perquisition était valide. Pour ma part, je considère toutefois que la position qu'il convient d'adopter au Canada se trouve dans les remarques suivantes tirées des motifs de dissidence du juge Marshall (auxquels a souscrit le juge Brennan) qui, en examinant l'argument selon lequel la nouvelle de l'arrestation se serait répandue rapidement et aurait ainsi créé une situation d'urgence, affirme, aux pp. 47 à 49:

[TRADUCTION] Il s'agit sans aucun doute là d'une conclusion raisonnable compte tenu des circonstances de l'arrestation, et le risque que les éléments de preuve soient détruits et que les suspects se soient éclipsés avant qu'un mandat ait pu être obtenu aurait normalement justifié le retour rapide des policiers au domicile de Santana ainsi que l'entrée et l'arrestation sans mandat. . . .

Je ne crois toutefois pas que cette situation d'urgence valide automatiquement l'arrestation de Santana. La situation d'urgence qui a justifié l'entrée et l'arrestation découlait uniquement du comportement des policiers. Il semble que si l'agent Gilletti avait conduit McCafferty plus loin avant de l'arrêter, l'arrestation n'aurait pas créé de situation d'urgence; dans un tel cas, un mandat

been necessary. . . . When an arrest is so timed that it is no more than an attempt to circumvent the warrant requirement, I would hold the subsequent arrest or search unlawful. [Emphasis added.]

As in *United States v. Santana*, any exigencies that existed in the present case were caused solely by the conduct of the police. In *United States v. Santana* the police did not have to make their arrest so public as to create an urgent situation. In this appeal, the police did not have to make the arrests until the search warrant was granted by the issuing justice. By doing so the police created their own exigent circumstances and should not be permitted to use them as justification for circumventing the law laid down by Parliament and by the Constitution itself. These requirements, let it not be forgotten, reflect our common law heritage which guarantees the sanctity of the home against public intrusion. The police should not be permitted to sidestep this critically important right by simply ignoring its mandate in their planning.

Segura v. United States, 468 U.S. 796 (1984), cited by Cory J., bears a superficial resemblance to the present appeal, though there are important differences worth examining. The officers in *Segura v. United States* arrested members of a drug organization and were informed at that time by the arrested persons that drugs could be found in a certain apartment. The officers, concluding that they had probable cause to search the mentioned premises, sought advice from the United States Attorney's office who told them that it was too late in the evening to obtain a search warrant, and that they should go to the apartment, and "secure the premises" pending the issuance of the warrant. On the basis of this information the police occupied the apartment until the warrant was issued. Quite apart from the more extreme facts in the present case, the persuasive authority of *Segura v. United*

aurait été nécessaire [. . .] Lorsqu'une arrestation est effectuée à un moment où elle ne constitue rien d'autre qu'une tentative de contourner l'exigence de mandat, je conclurais à l'illégalité de l'arrestation ou de la perquisition qui sont ensuite effectuées. [Je souligne.]

Comme dans l'affaire *United States c. Santana*, la situation d'urgence qui existait en l'espèce n'était que le résultat du comportement des policiers. Dans l'affaire *United States c. Santana*, les policiers n'avaient pas à effectuer leur arrestation en public de manière à créer une situation d'urgence. Dans le présent pourvoi, les policiers n'auraient pas dû effectuer les arrestations avant d'avoir obtenu un mandat de perquisition du juge de paix. En agissant ainsi, les policiers ont eux-mêmes créé une situation d'urgence et ils ne devraient pas être autorisés à l'invoquer pour justifier une dérogation aux règles de droit établies par le législateur et la Constitution elle-même. Ces exigences, ne l'oublions pas, reflètent notre héritage de common law qui garantit l'inviolabilité du domicile contre toute intrusion de l'État. La police ne devrait pas être autorisée à esquiver ce droit d'une importance cruciale en faisant tout simplement abstraction de son mandat dans la planification de ses opérations.

L'arrêt *Segura c. United States*, 468 U.S. 796 (1984), cité par le juge Cory, n'a qu'une ressemblance superficielle avec le présent pourvoi, quoiqu'il y ait des différences importantes qui valent la peine d'être examinées. Les policiers, dans l'affaire *Segura c. United States*, ont arrêté des membres d'une organisation de trafiquants de drogue et ont été informés à ce moment-là par les personnes arrêtées qu'ils pourraient trouver de la drogue dans un certain appartement. Les policiers, concluant qu'ils avaient un motif probable de perquisitionner dans les lieux mentionnés, ont demandé l'avis du bureau du procureur général des États-Unis qui leur a dit qu'il était trop tard dans la soirée pour obtenir un mandat de perquisition et qu'ils devraient se rendre à l'appartement [TRADUCTION] «pour garder les lieux» en attendant la délivrance du mandat. Se fondant sur cette information, les policiers ont occupé l'appartement jusqu'à ce que le mandat soit décerné. Indépendamment des circonstances plus extrêmes de la

81

82

States is further weakened by the fact that the United States Supreme Court split 5-4 on the issue.

83 The difficulty with finding that exigent circumstances justified a warrantless entry in this case is that the conditions are far from unique, as Abella J.A. correctly noted in her dissent. Public arrests are not unusual, and narcotics, by their very nature, are often easily removable or destructible. To maintain that anytime a public arrest occurs there could be exigent circumstances giving rise to the fear that evidence will be destroyed, thereby justifying a warrantless police entry into a suspect's home to preserve that evidence, would be to set at nought the attempt made in s. 10 of the *Narcotic Control Act*, which identifies a dwelling-house as deserving of special protection. I add that such an approach is by no means peculiar to narcotic offences. The same reasoning would apply to a vast array of other crimes.

84 Such a broad approach to exigent circumstances would give the police little incentive to acquire a warrant in advance. The facts in *United States v. Santana*, *supra*, serve as an illustration. Had the police driven McCafferty out of sight of Santana's house before arresting her, they would then have been forced to go through the inconvenience of seeking a search warrant for the supplier's house. In that light, the public arrest of McCafferty near Santana's house was quite advantageous: it created an automatic exigency requiring a prompt unwarranted entry. The situation here is similar.

85 Finally, the view that the police should not be able to rely on exigent circumstances to permit entry when the exigency complained of is a direct result of the manner in which the police choose to structure their operation (which had been planned in advance) receives support from a very recent case in this Court, *R. v. Burlingham*, [1995] 2

présente affaire, la force persuasive de l'arrêt *Segura c. United States* est affaiblie davantage par le fait que la Cour suprême des États-Unis était partagée à 5 contre 4 sur cette question.

Il est difficile de conclure, en l'espèce, qu'une situation d'urgence justifiait une entrée sans mandat parce que les circonstances sont loin d'être exceptionnelles, comme l'a signalé à juste titre le juge Abella dans sa dissidence. Les arrestations en public ne sont pas rares et les stupéfiants, de par leur nature même, sont souvent faciles à supprimer ou à détruire. Soutenir que, chaque fois qu'une arrestation en public se produit, il pourrait y avoir une situation d'urgence permettant de craindre que des éléments de preuve ne soient détruits, et justifiant ainsi l'entrée sans mandat de la police au domicile d'un suspect pour préserver ces éléments de preuve, reviendrait à ne faire aucun cas de la tentative qui est faite à l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants* qui indique qu'une maison d'habitation mérite une protection spéciale. J'ajoute qu'une telle approche n'est nullement propre aux infractions en matière de stupéfiants. Le même raisonnement s'appliquerait à toute une gamme d'autres crimes.

Une interprétation aussi large de la situation d'urgence n'inciterait guère la police à obtenir un mandat d'avance. Les faits de l'affaire *United States c. Santana*, précitée, en sont un exemple. Si, avant de l'arrêter, les policiers avaient conduit McCafferty hors de portée de vue de la maison de Santana, ils auraient alors dû se donner le mal de demander un mandat de perquisition pour la résidence du fournisseur. À cet égard, l'arrestation en public de McCafferty près de la résidence de Santana était très avantageuse: elle créait automatiquement une situation d'urgence nécessitant une entrée rapide sans mandat. La situation est analogue en l'espèce.

Enfin, l'arrêt très récent de notre Cour, *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, vient confirmer le point de vue selon lequel les policiers ne devraient pas pouvoir invoquer une situation d'urgence pour pouvoir entrer dans des locaux lorsque cette situation d'urgence découle directement de la manière dont ils ont choisi d'organiser leur opéra-

S.C.R. 206. There this Court reconfirmed, in the context of a denial of the appellant's right to counsel, that the police cannot rely on an exigency of their own making to deny an accused *Charter* protection. Iacobucci J. noted, at p. 240, "there was no element of urgency. Indeed, . . . the police actually created an artificial situation of urgency". In a planned and calculated procedure such as was undertaken by the police in the present case, the police must act in a manner that minimizes any unnecessary intrusion on constitutionally protected rights.

The fact that the police had available a permissible and practical technique of conducting their investigation in conformity with the *Charter*, but chose instead to sequence their operations in a manner that seriously offended fundamental liberty interests, further exacerbates the severity of the intrusion; see *Collins, supra*, at p. 285. I conclude, therefore, that there were no exigent circumstances justifying the police to enter the house of the appellant.

I turn finally to the attempt to link drugs automatically to the possible presence of firearms so as to ground a claim of exigent circumstances as justification for pre-warrant securing of premises. That attempt should, in my view, be resisted. The police testified at trial that they were concerned that there might be firearms on the premises, which created an exigency. To begin with, I do not quite see how officers who enter a house without a warrant can be in a better position to ensure their safety than if they enter with a warrant. If officers are legitimately in danger from firearms in a dwelling-house, a pre-warrant entrance will not advance their security. Moreover, many serious crimes, by their very nature, involve firearms. Does that mean that a search warrant can be avoided every time it is thought firearms may be involved? Surely not. In this appeal, there was no evidence prior to the entry that firearms were present in the appellant's house, and indeed, as it turned out, there were none. All we are told is that

(qui avait été planifiée d'avance). Dans cette affaire où il était question d'une dénégaration du droit de l'appellant à l'assistance d'un avocat, notre Cour a confirmé à nouveau que les policiers ne peuvent pas invoquer une situation d'urgence qu'ils ont eux-mêmes créée pour refuser à un accusé une protection garantie par la *Charte*. Le juge Iacobucci fait remarquer, à la p. 240: «[I]l n'y avait aucune urgence. En fait, [. . .] la police a, à vrai dire, créé une situation d'urgence artificielle». Dans une opération planifiée et calculée comme celle entreprise par les policiers en l'espèce, les policiers doivent agir de manière à ce que toute atteinte inutile à des droits garantis par la Constitution soit minime.

L'intrusion est d'autant plus grave du fait que les policiers disposaient d'un moyen pratique et acceptable d'effectuer leur enquête conformément à la *Charte*, mais qu'ils ont plutôt choisi d'organiser leurs opérations d'une manière qui portait gravement atteinte aux droits fondamentaux à la liberté; voir l'arrêt *Collins*, précité, à la p. 285. Par conséquent, je conclus qu'il n'existait aucune situation d'urgence justifiant l'entrée des policiers au domicile de l'appellant.

Examinons enfin la tentative de relier automatiquement la drogue à la présence éventuelle d'armes à feu de manière à pouvoir invoquer une situation d'urgence justifiant la garde des lieux avant la délivrance du mandat. À mon avis, il y a lieu de la repousser. Les policiers ont témoigné au procès qu'ils craignaient qu'il y ait des armes à feu dans les lieux, ce qui créait une situation d'urgence. Pour commencer, je ne vois pas exactement comment des policiers qui entrent sans mandat dans une maison sont mieux en mesure d'assurer leur sécurité que s'ils y entrent munis d'un mandat. Si des policiers ont légitimement raison de craindre la présence d'armes à feu dans une maison d'habitation, l'entrée dans ces lieux avant la délivrance d'un mandat n'assurera pas davantage leur sécurité. En outre, bien des crimes graves, de par leur nature même, comportent l'usage d'une arme à feu. Cela signifie-t-il qu'on peut éviter de se procurer un mandat de perquisition chaque fois que l'on pense qu'il peut y avoir usage d'une arme à

86

87

firearms were frequently involved with the drug trade in Toronto. The law does not permit the police to effect warrantless entry into a house simply because they may have reason to suppose there is a connection between drugs and firearms. *Genest, supra*, has already spoken to this. This Court there found that only if the police had prior knowledge that there were firearms in the house at the time they chose their course of conduct would that be a relevant consideration. To accept that mere suspicion that there may be firearms based on the connection between drugs and guns justifies a warrantless entry would be to obliterate effectively s. 10 of the *Narcotic Control Act* and the protections afforded by s. 8 of the *Charter*. For in any serious police investigation involving drugs, the spectre of firearms could always be raised. Such a drastic departure from the clear terms of the *Narcotic Control Act* should come from Parliament. Certainly, in the absence of such legislative direction, I reject any implicit suggestion that a general suspicion that firearms may be present can be used to bolster a claim of urgency.

Repute of the Administration of Justice

88

In this Court's very recent decision in *Burlingham, supra*, Iacobucci J. directs an approach to the issue of the repute of the administration of justice from which, in my view, we should not stray. He stated at p. 242:

... we should never lose sight of the fact that even a person accused of the most heinous crimes, and no matter the likelihood that he or she actually committed those crimes, is entitled to the full protection of the *Charter*. Short-cutting or short-circuiting those rights affects not only the accused but also the entire reputation of the criminal justice system. It must be emphasized that the goals of preserving the integrity of the

feu? Certainement pas. Dans le présent pourvoi, rien n'indiquait, avant l'entrée dans les lieux, qu'il y avait des armes à feu dans la résidence de l'appelant et, en fait, il s'est avéré qu'il n'y en avait aucune. Tout ce qu'on nous dit c'est que le commerce de la drogue à Toronto s'accompagne souvent de l'usage d'armes à feu. La loi n'autorise pas la police à entrer sans mandat dans une maison pour le simple motif qu'elle peut avoir des raisons de supposer qu'il existe un lien entre la drogue et l'usage d'armes à feu. L'arrêt *Genest*, précité, l'a déjà montré. Notre Cour a statué, dans cet arrêt, que ce serait un facteur pertinent seulement lorsque la police sait d'avance qu'il y a des armes à feu dans la maison au moment où elle choisit la façon dont elle procédera. Accepter que le simple fait de soupçonner la présence d'armes à feu en raison du lien qui existe entre la drogue et l'usage d'armes à feu justifie une entrée sans mandat équivaldrait à faire table rase de l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants* et des garanties offertes par l'art. 8 de la *Charte*. En effet, dans toute enquête de police sérieuse en matière de drogue, on pourrait toujours brandir le spectre des armes à feu. Une dérogation aussi radicale au texte clair de la *Loi sur les stupéfiants* ne pourrait venir que du législateur. Certes, en l'absence d'une telle directive du législateur, je rejette toute insinuation qu'il est possible d'invoquer des soupçons généraux sur la présence possible d'armes à feu pour faire valoir qu'il y a urgence.

La considération dont jouit l'administration de la justice

Dans l'arrêt très récent de notre Cour, *Burlingham*, précité, le juge Iacobucci recommande une façon d'aborder la question de la considération dont jouit l'administration de la justice, dont, selon moi, nous ne devrions pas nous écarter. Voici ce qu'il affirme, à la p. 242:

... il ne faut jamais perdre de vue que même la personne accusée du crime le plus ignoble, peu importe la probabilité qu'elle ait bel et bien commis ce crime, a droit à la pleine protection de la *Charte*. Couper court aux droits qui y sont garantis ou les court-circuiter nuit non seulement à l'accusé, mais aussi à toute la considération dont jouit le système de justice criminelle. Il faut souligner que les objectifs de protection de l'intégrité du

criminal justice system as well as promoting the decency of investigatory techniques are of fundamental importance in applying s. 24(2).

I see no reason why this rationale should not be applied in this appeal. While I share the concerns of my colleagues regarding the debilitating effects of the drug trade on Canadian society, it would be difficult to argue that the illicit activities engaged in by the present appellant are any worse than the sexual offence and brutal murder the accused was alleged to have committed in *Burlingham*. To apply less exacting a standard would scarcely enhance the repute of the administration of justice.

In my opinion, there is no question that the evidence of the drugs and money must be excluded. I acknowledge that such an approach is distasteful. No one likes to see individuals who are clearly guilty of serious offences, harmful to Canadian society, remain unpunished. But there are excellent reasons why it must be done. The United States Supreme Court, in a less permissive time, explained, in *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960), at p. 217, why evidence found in the process of a violation of its Fourth Amendment must be excluded:

The rule is calculated to prevent, not to repair. Its purpose is to deter — to compel respect for the constitutional guaranty in the only effectively available way — by removing the incentive to disregard it.

The same logic applies to serious unmitigated *Charter* breaches in Canada. The only effective way of discouraging serious *Charter* violations is if the evidence taken as a result of the *Charter* breach is not admitted into evidence. It is easy to wax eloquent about the sanctity of the home and other *Charter* based rights. It is far more difficult to take the distasteful steps necessary to ensure their preservation. But, in my view, it must be done. Without that disincentive, the lax elements among our police can only be encouraged to assume that *Charter* guarantees are mere platitudes

système de justice criminelle et de promotion de l'honnêteté des techniques d'enquête sont d'importance fondamentale dans l'application du par. 24(2).

Je ne vois pas pourquoi ce raisonnement ne devrait pas s'appliquer en l'espèce. Bien que je partage les inquiétudes de mes collègues en ce qui concerne les effets débilissants du commerce de la drogue sur la société canadienne, il serait difficile de soutenir que les activités illicites de l'appelant en l'espèce sont pires que l'infraction d'ordre sexuel et le meurtre violent qui étaient reprochés à l'accusé dans l'affaire *Burlingham*. L'application d'une norme moins stricte ne contribuerait guère à améliorer la considération dont jouit l'administration de la justice.

À mon avis, il est indubitable que les éléments de preuve constitués de la drogue et de l'argent doivent être exclus. Je reconnais qu'une telle façon de procéder est déplaisante. Personne n'aime que des individus qui sont nettement coupables d'infractions graves et dommageables pour la société canadienne restent impunis. Mais il existe d'excellentes raisons de le faire. À une époque où elle était moins permissive, la Cour suprême des États-Unis a expliqué, dans l'arrêt *Elkins c. United States*, 364 U.S. 206 (1960), à la p. 217, pourquoi les éléments de preuve découverts lors d'une violation du Quatrième amendement devaient être exclus:

[TRADUCTION] Cette règle est conçue pour prévenir et non pour guérir. Elle a pour objet de dissuader — forcer le respect de la garantie constitutionnelle de la seule manière efficace disponible — en faisant disparaître ce qui incite à ne pas en tenir compte.

La même logique s'applique aux violations graves et véritables de la *Charte* qui sont commises au Canada. La seule façon efficace de décourager les violations graves de la *Charte* est de faire en sorte que les éléments de preuve obtenus par suite d'une violation de la *Charte* ne soient pas admis en preuve. Il est facile de s'enflammer au sujet de l'inviolabilité du domicile et d'autres droits fondés sur la *Charte*. Il est beaucoup plus difficile de prendre les mesures désagréables qui sont nécessaires pour les préserver. Mais, à mon avis, il faut le faire. Sans cette mesure de dissua-

89

90

91

that both they and the courts will ignore when convenient. The Ontario Court of Appeal put it well in *R. v. Young* (1993), 79 C.C.C. (3d) 559, at pp. 566-67:

In terms of the effect upon the administration of justice, someone might characterize the conduct of the police in this case as misdirected, but none the less reflecting a keen attention to their perceived roles in investigating a crime in pursuit of "getting their man". The appellant is in truth guilty of the offences in question and should be punished. To exclude the evidence is to that extent a disservice to the administration of justice.

That characterization is, in my view, more than offset in this case by the necessity to assure that the courts do not condone conduct which represents a real threat to all persons, whether innocent or guilty, from wilful abuse of police powers.

It cannot be disputed that the drug trade is odious, and poses a grave threat to society. And I therefore agree that all reasonable steps must be taken to eradicate it. But we cannot allow the desirability of these efforts to make the courts deviate from their high duty to ensure that those who wield power on behalf of the state must do so within the limits the *Charter* dictates for the benefit of the individual. No matter how grave the threat, law enforcement must operate in conformity with the enshrined protections of the *Charter*.

92

Constitutional guarantees can seem to be bothersome technicalities to be brushed aside in the interests of justice in the particular case. However, such sentiments, while understandable, are ultimately far more destructive in the long term than the momentary evil sought to be prevented. As the great American jurist Brennan J., speaking of their United States counterparts, has reminded us (see Nat Hentoff, "Profiles: The Constitutionalist", *The New Yorker*, March 12, 1990, 45, at p. 65), "those guarantees [are basic to a free society] and this

sion, les éléments relâchés au sein de notre police ne peuvent être qu'encouragés à présumer que les garanties de la *Charte* ne sont que de simples banalités dont les tribunaux et eux-mêmes ne tiendront pas compte lorsque cela les arrangera. La Cour d'appel de l'Ontario a bien expliqué cela dans l'arrêt *R. c. Young* (1993), 79 C.C.C. (3d) 559, aux pp. 566 et 567:

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'effet sur l'administration de la justice, on pourrait dire que les policiers se sont mal conduits en l'espèce, mais que leur comportement traduisait néanmoins leur souci de jouer leur rôle tel qu'ils le perçoivent, en enquêtant sur un crime dans le but d'«attraper leur homme». L'appelant est en réalité coupable des infractions en cause et il devrait être puni. Dans cette mesure, écarter les éléments de preuve rend un mauvais service à l'administration de la justice.

Cette caractérisation est, à mon avis, plus que compensée, en l'espèce, par la nécessité de s'assurer que les tribunaux ne tolèrent pas un comportement qui représente pour toutes les personnes, innocentes ou coupables, une menace réelle d'abus intentionnel de leurs pouvoirs par les policiers.

On ne peut pas nier que le commerce de la drogue est odieux et qu'il représente une menace grave pour la société. Je reconnais donc qu'il faut prendre toutes les mesures raisonnables pour l'enrayer. Mais nous ne pouvons pas permettre que l'utilité de ces efforts amène les tribunaux à déroger à leur important devoir d'assurer que les personnes qui exercent un pouvoir au nom de l'État le fassent dans les limites que la *Charte* fixe au profit des individus. Peu importe la gravité de la menace, la loi doit être appliquée en conformité avec les garanties consacrées dans la *Charte*.

Il peut sembler que les garanties constitutionnelles sont des formalités ennuyeuses qu'il faut mettre de côté, en l'espèce, dans l'intérêt de la justice. Toutefois, de tels sentiments, quoique compréhensibles, sont finalement beaucoup plus destructeurs à long terme que le mal momentané que l'on cherche à prévenir. Comme le grand juriste américain qu'est le juge Brennan nous l'a rappelé, au sujet de leurs pendants américains (voir Nat Hentoff, «Profiles: The Constitutionalist», *The New Yorker*, 12 mars 1990, 45, à la p. 65),

Court exists to see that [they] are faithfully enforced". He then continued:

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 people. They're there to protect all of us.

Similarly, this Court exists to see that the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* are faithfully enforced. The *Charter* breach in this case was very serious. It was aggravated by sloppy police practices and a disturbing pattern of disregard for the rights not only of the appellant but also of his family against which there was no evidence in any way implicating them in the offences in question. Most importantly, the *Charter* violation was entirely avoidable; a prior request for the search warrant, it is accepted, would have been granted. The house could then have been lawfully searched, and the consequent arrests would then not have created any exigent need to avoid the destruction of evidence. Section 10 of the *Narcotic Control Act* and s. 8 of the *Charter* require no less.

The concept of exigent circumstances is an understandable technique to allow the courts, on rare occasions, to permit the admission of evidence despite its obtention through a breach of these legislative and constitutional requirements. But that uncommon departure cannot be permitted to operate where it is feasible to obtain prior judicial authorization for a search, a rule set down as early as *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*. To expand exigent circumstances to include police created emergencies, whether arising from bad faith or gross ineptitude, is to undermine seriously the requirement that judicial authorization is required before an entry onto private premises can be made. The long term impact of allowing police practices creating exigent circumstances where minimal foresight could have avoided them dictates that the evi-

[TRADUCTION] «ces garanties [sont fondamentales dans une société libre] et la raison d'être de notre cour est de veiller à ce qu'[elles] soient scrupuleusement respectées». Il ajoute ensuite:

[TRADUCTION] 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.

De même, notre Cour est là pour veiller à ce que les droits et libertés garantis par la *Charte* soient scrupuleusement respectés. En l'espèce, la violation de la *Charte* était très grave. Elle a été aggravée par des pratiques policières très relâchées et un mépris systématique troublant des droits non seulement de l'appelant mais aussi des membres de sa famille que la preuve ne semblait nullement impliquer dans la perpétration des infractions en cause. Qui plus est, il était tout à fait possible d'éviter la violation de la *Charte*: il est admis qu'une demande préalable de mandat de perquisition aurait été accueillie. Une perquisition aurait alors pu être légalement effectuée dans la maison et les arrestations qui auraient suivi n'auraient pas créé le besoin urgent d'éviter la destruction des éléments de preuve. L'article 10 de la *Loi sur les stupéfiants* et l'art. 8 de la *Charte* n'exigent pas moins.

Le concept de la situation d'urgence est un moyen compréhensible de permettre aux tribunaux, dans de rares cas, d'autoriser l'utilisation d'éléments de preuve même s'ils ont été obtenus grâce à une violation de ces exigences législatives et constitutionnelles. Cependant, cette dérogation singulière ne saurait s'appliquer lorsqu'il est possible d'obtenir une autorisation judiciaire préalable pour une perquisition, règle qui a été formulée dès l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité. Élargir cette notion de manière à inclure les situations d'urgence créées par la police, que celles-ci soient le résultat de la mauvaise foi ou d'une sottise grave, revient à miner sérieusement l'exigence d'obtenir une autorisation judiciaire pour pouvoir entrer dans une propriété privée. Les éléments de preuve doivent être exclus en l'espèce en raison de

dence in this case must be excluded. I have no doubt that to admit this evidence would bring the administration of justice into disrepute and it must be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Disposition

95 Apart from the impugned evidence, there may well be sufficient evidence to warrant the conviction of the appellant. Accordingly, I would allow the appeal, quash the conviction, and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

96 L'HEUREUX-DUBÉ J. — The issue raised by this appeal concerns police authority to enter a private dwelling in exigent circumstances in order to prevent the destruction or removal of evidence.

97 Following the arrest of the appellant and other co-accused on drug-trafficking charges, the police entered the dwelling-house owned by the appellant not, as it is suggested, for the purpose of searching for narcotics, but rather for securing the premises while awaiting a search warrant. My colleague Justice Cory's analysis as did the Court of Appeal's, starts from the premise that such an entry constituted a violation of the search and seizure provisions of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In the end, Cory J. arrives at the conclusion that the real evidence subsequently gathered should not be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. In view of the exigent circumstances revealed by the evidence in this case, I am of the opinion that no such violation occurred, although I agree with my colleague Cory J.'s disposition of the appeal.

98 My colleague has recounted the facts and there is no need for me to repeat them here. Suffice it to

l'effet à long terme qui résulterait si on permettait à la police de recourir à des pratiques qui créent une situation d'urgence alors qu'un minimum de prévoyance aurait pu permettre de l'éviter. Je ne doute nullement que l'utilisation de ces éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice et qu'ils doivent être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Dispositif

Indépendamment de la preuve contestée, il se peut bien qu'il y ait suffisamment d'éléments de preuve pour justifier la déclaration de culpabilité de l'appellant. Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi, j'annulerais la déclaration de culpabilité et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi vise à déterminer si, dans une situation d'urgence, la police a le pouvoir d'entrer dans une maison privée pour empêcher la destruction ou la suppression d'éléments de preuve.

À la suite de l'arrestation de l'appellant et d'autres coaccusés relativement à des accusations de trafic de stupéfiants, la police est entrée dans la maison privée de l'appellant non pas pour y effectuer une perquisition, comme on le suggère, mais bien pour garder les lieux en attendant la délivrance d'un mandat de perquisition. À l'instar de la Cour d'appel, l'analyse de mon collègue le juge Cory part de la prémisse que cette entrée a été faite en violation de la garantie contre les perquisitions, fouilles et saisies abusives prévue à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge Cory conclut finalement que la preuve matérielle subséquemment recueillie ne devrait pas être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Compte tenu de la situation d'urgence que la preuve révèle dans la présente affaire, j'estime qu'il n'y a eu aucune telle violation. Je suis, cependant, d'accord avec la conclusion à laquelle en arrive mon collègue le juge Cory.

Mon collègue décrit les faits et il n'y a pas lieu de les reprendre ici. Il suffit de souligner, comme il

emphasize that, as my colleague points out within the framework of his s. 24(2) analysis, the police here not only had reasonable and probable cause for the arrest of the appellant, but also had reasonable and probable grounds to believe that they would find drugs in the appellant's home. The police were not found to be in bad faith and acted reasonably upon entry of the premises. Moreover, the search of the premises did not start, nor was one attempted, before a search warrant was obtained. I note that these facts are not in dispute, and are accepted by both the trial judge and the Court of Appeal, and by my colleague Cory J. as well.

While the trial judge concluded that, in light of these circumstances, there was no *Charter* violation here, the majority of the Court of Appeal, not without some hesitation, was prepared to decide the case on the assumption that such a violation had occurred on the basis of the Crown's concession that s. 8 of the *Charter* was infringed by the police entry into the appellant's dwelling-house. My colleague Cory J. adopts the same approach. I, however, am not prepared to do so.

As has been noted on numerous occasions, concessions of law are not binding on courts (*R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24). In the case at hand, such a concession is totally unacceptable in my view, and in fact constitutes an error of law, as I will attempt to demonstrate hereafter.

Exigent Circumstances Under the Common Law and the *Charter*

As a starting point, I note that the onus lies upon the Crown to demonstrate that there were exigent circumstances justifying the police entry and find that the Crown has discharged itself of this onus. Cory J. himself, albeit within the context of his 24(2) analysis, agrees that the situation here was one of exigent circumstances. More particularly, he observes at p. 369 that "[t]here was strong and persuasive evidence upon which the trial judge and majority of the Court of Appeal could properly

le fait dans le cadre de son analyse fondée sur le par. 24(2), que la police avait des motifs raisonnables et probables non seulement d'arrêter l'appellant, mais aussi de croire qu'elle trouverait de la drogue dans sa demeure, et qu'elle a agi non pas de mauvaise foi, mais raisonnablement, en pénétrant dans les lieux. Par ailleurs, la perquisition dans les lieux n'a pas été effectuée et on n'a pas tenté d'y procéder avant l'obtention d'un mandat de perquisition. Je souligne que ces faits ne sont pas contestés et qu'ils ont été acceptés tant par le juge du procès que par la Cour d'appel et mon collègue le juge Cory.

Bien que le juge du procès ait conclu, à la lumière de ces circonstances, qu'il n'y avait eu aucune violation de la *Charte*, la Cour d'appel à la majorité a, non sans une certaine hésitation, été prête à décider de la cause en tenant pour acquis qu'une telle violation avait été commise, vu l'admission par le ministère public que la police avait contrevenu à l'art. 8 de la *Charte* en pénétrant dans la maison privée de l'appellant. Mon collègue le juge Cory adopte la même approche. Je ne suis, toutefois, pas disposée à le faire.

On a signalé à maintes reprises que les admissions de droit ne lient pas les tribunaux (*R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24). En l'espèce, une telle admission est tout à fait inacceptable et constitue en fait une erreur de droit, comme je vais tenter de le démontrer.

L'existence d'une situation d'urgence selon la common law et la *Charte*

Dès le départ, je tiens à préciser qu'il appartient au ministère public de prouver l'existence d'une situation d'urgence justifiant l'entrée de la police dans une maison privée. J'estime que le ministère public s'est acquitté de ce fardeau. Bien que ce soit dans le contexte de son analyse fondée sur le par. 24(2), le juge Cory convient lui-même qu'il s'agissait ici d'une situation d'urgence. Plus particulièrement, il précise à la p. 369 qu'«[i]l existait des éléments de preuve solides et convaincants qui

99

100

101

find that there were exigent circumstances which justified the police entry into the home of the appellant". In this respect, I note that the trial judge, Ewaschuk J., did not in any way infer that the police conducted its operation in an improper fashion. Rather, having regard to all the facts, Ewaschuk J. found that the police had legitimate reasons to believe that the drug evidence would be destroyed and emphasized that the police had acted reasonably given such circumstances. Moreover, these findings were confirmed by the majority of the Court of Appeal.

102 Exigent circumstances, both under the common law and under the *Charter*, have always been held to constitute an exception to the ancient maxim "a man's home is his castle" upon which my colleague Cory J. relies in finding that a serious s. 8 *Charter* violation has occurred in the case at hand.

103 Before addressing the exigent circumstances exception at greater length, however, I wish to discuss, at the outset, the significance that my colleague attaches to the warrant requirement imposed by s. 10 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1 (hereinafter *NCA*), in the context of police entries into dwelling-houses. In my view, s. 10 of the *NCA* should not be afforded greater significance than that which is afforded to the general common law approach regarding such entries, as neither s. 10 of the *NCA* nor the common law preclude warrantless police entries in exigent circumstances.

104 In fact, s. 10 of the *NCA* is reflective, in general terms, of the common law itself to the extent that, absent exigent circumstances, warrantless entries into private dwellings will generally be held to be unlawful. Absent exigent circumstances, the statutory authorization requirement for a police entry onto private premises, as stated in *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2, thus stands. However, the situation here is altogether different from that in *Colet v. The Queen*. More particularly, the existence of exigent circumstances was not a consideration in that case, and the position taken by the

permettaient au juge du procès et à la Cour d'appel à la majorité de conclure à bon droit à l'existence d'une situation d'urgence qui justifiait l'entrée par la police dans la demeure de l'appelant». À cet égard, je fais remarquer que le juge du procès, le juge Ewaschuk, n'a aucunement inféré que la police avait mené l'opération de façon irrégulière. Il a plutôt conclu que, compte tenu de l'ensemble des faits, la police avait des motifs légitimes de croire qu'il y aurait destruction de la drogue, et a souligné qu'elle avait agi de façon raisonnable dans les circonstances. De plus, ces conclusions ont été confirmées par la Cour d'appel à la majorité.

Tant en vertu de la common law que de la *Charte*, on a toujours considéré que l'existence d'une situation d'urgence constitue une exception à la maxime ancienne selon laquelle «la maison d'une personne est son château» qu'invoque mon collègue le juge Cory pour affirmer qu'il y a eu ici une grave violation de l'art. 8 de la *Charte*.

Avant de discuter plus à fond de l'exception relative à une situation d'urgence, je tiens tout d'abord à examiner l'importance que mon collègue attache à l'exigence du mandat qu'impose l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1 (ci-après la *LS*), relativement aux entrées de la police dans une maison d'habitation. À mon avis, on ne devrait pas accorder à l'art. 10 *LS* une importance plus grande que ne le fait la common law relativement à de telles entrées, puisque ni l'art. 10 *LS* ni la common law n'empêchent la police d'entrer dans une maison d'habitation sans mandat en cas d'urgence.

En fait, l'art. 10 *LS* reflète, de manière générale, la common law elle-même dans la mesure où, en l'absence d'une situation d'urgence, l'entrée sans mandat dans une maison privée sera généralement considérée comme illégale. En l'absence d'une situation d'urgence, l'exigence légale d'autorisation pour permettre à la police de pénétrer dans une maison privée, telle qu'exposée dans *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2, s'applique donc. Toutefois, la situation en l'espèce est tout à fait différente de celle qui existait dans l'arrêt *Colet c. La Reine*. Plus particulièrement, l'existence d'une

Court in that instance can in no way be held to have overruled the recognized common law limitations to the principle of the sanctity of the home. It must be again stressed that exigent circumstances have been held to exist here by both the trial judge and the majority of the Court of Appeal, as well as by my colleague Cory J., and the present case must be addressed in light of this finding.

Section 10 of the *NCA* does not eliminate the common law exceptions relative to exigent circumstances. Be it under the *NCA* or the common law, situations of urgency will always permit police entries, such as in the case of a hot pursuit or of a person in danger of death or injury within private premises. Nothing in the *NCA* indicates that Parliament has opted to extinguish the common law exception of exigent circumstances. Therefore, as s. 10 of the *NCA* does not deal with entries into private dwellings under exigent circumstances, an inquiry into the common law in this regard is required. (See, regarding this approach: *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145; *R. v. Maccooh*, [1993] 2 S.C.R. 802.)

The common law limitations to the principle of the sanctity of the home were addressed by this Court in the pre-*Charter* case of *Eccles v. Bourque*, *supra*. In that case, a claim in damages for trespass was instituted against three police officers who had entered the appellant's dwelling in order to apprehend a third person against whom warrants had been issued in other jurisdictions. At issue was whether the police had the authority to commit a trespass in such circumstances. As nothing in the *Criminal Code* dealt with this situation, Dickson J. (as he then was) held that one had to look to the applicable common law principles in this regard. To this end, Dickson J. observed, at p. 743, and the Court was unanimous on this point, that the *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91, 77 E.R. 194, which stands for the principle that "a man's home is his castle", also provided that exceptions

situation d'urgence n'entraîne pas en ligne de compte dans cette affaire, et on ne saurait absolument pas conclure que la position que notre Cour y a adoptée a écarté les restrictions au principe de l'inviolabilité du domicile reconnues en common law. Il y a lieu de souligner à nouveau que le juge du procès et la Cour d'appel à la majorité, de même que mon collègue le juge Cory, ont tous conclu à l'existence d'une situation d'urgence en l'espèce, et que la présente affaire doit être abordée à la lumière de cette conclusion.

L'article 10 *LS* n'élimine pas les exceptions de la common law relatives aux situations d'urgence. Que ce soit en vertu de la *LS* ou de la common law, la police pourra toujours entrer dans des lieux en cas d'urgence comme lors d'une prise en chasse (*hot pursuit*) ou lorsqu'une personne est en danger de mort ou risque de subir des blessures dans des lieux privés. Rien dans la *LS* n'indique que le législateur ait choisi d'abolir l'exception de common law relative aux situations d'urgence. En conséquence, puisque l'art. 10 *LS* ne traite pas de l'entrée dans une maison privée en cas d'urgence, il nous faut examiner les principes de common law applicables à cet égard. (Voir, à ce sujet: *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145; *R. c. Maccooh*, [1993] 2 R.C.S. 802.)

Dans l'arrêt *Eccles c. Bourque*, précité, rendu avant l'adoption de la *Charte*, notre Cour a examiné les restrictions de common law au principe de l'inviolabilité du domicile. Dans cette affaire, l'appelant avait intenté une action en dommages-intérêts contre trois policiers pour intrusion dans son appartement afin d'y appréhender un tiers contre qui des mandats avaient été décernés dans d'autres juridictions. Il s'agissait de décider si, en pareilles circonstances, les policiers avaient le droit d'entrer dans les lieux. Comme rien n'était prévu au *Code criminel* à ce sujet, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a conclu qu'on devait s'en remettre aux principes de common law applicables à cet égard. À cette fin, le juge Dickson fait remarquer, au nom de la Cour sur ce point, que l'arrêt *Semayne* (1604), 5 Co. Rep. 91, 77 E.R. 194, dans lequel on a formulé le principe selon lequel «la

105

106

to this principle should prevail in certain circumstances:

... there are occasions when the interest of a private individual in the security of his house must yield to the public interest, when the public at large has an interest in the process to be executed. The criminal is not immune from arrest in his own home nor in the home of one of his friends. So it is that in *Semayne's Case* a limitation was put on the "castle" concept and the Court resolved that:

In all cases when the King is party, the Sheriff (if the doors be not open) may break the party's house, either to arrest him, or to do other execution of the K.'s process, if otherwise he cannot enter.

(See also *Halsbury's Laws of England* (3rd ed. 1955), vol. 10, at pp. 354 *et seq.*)

107

Further in *Eccles v. Bourque*, *supra*, Dickson J. added that the right of entry in search of an offender could only be lawfully exercised if (i) there were reasonable and probable grounds for the belief that the person sought was within the premises and (ii) proper announcement was made prior to entry (at p. 744). With respect to the latter requirement, Dickson J. noted, at p. 747, that it need not be satisfied under exigent circumstances, these circumstances being "occasions on which, for example, to save someone within the premises from death or injury or to prevent destruction of evidence or if in hot pursuit notice may not be required" (emphasis added). Dickson J. thus decided in *Eccles* that the principle of the sanctity of the home was not an immutable one and that in the case of a "hot pursuit", for instance, exception must be made to it. The *Eccles* case therefore illustrates that the maxim "a man's home is his castle" has always been subject to exceptions.

108

The *Eccles* case was cited by this Court in *Landry*, *supra*, as well as in the case of *Macooh*, *supra*, both post-*Charter* cases. In *Landry*, Dickson C.J. (Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

maison d'une personne est son château», prévoit aussi des exceptions à ce principe dans certaines circonstances (à la p. 743):

... il est des occasions où l'intérêt d'un particulier dans la sécurité de sa maison doit céder le pas à l'intérêt public, lorsque le grand public a un intérêt dans l'acte judiciaire à exécuter. Le criminel n'est pas à l'abri d'une arrestation dans son propre foyer ou dans celui d'un de ses amis. C'est ainsi que dans l'arrêt *Semayne* on a imposé une restriction au concept du «château», la Cour décidant que:

[TRADUCTION] Dans toutes les affaires où le Roi est partie, le shérif (si les portes ne sont pas ouvertes) peut s'introduire par bris dans la maison de la partie, soit pour l'arrêter, soit pour autrement exécuter l'acte judiciaire du R., si autrement il ne peut pas entrer.

(Voir aussi *Halsbury's Laws of England* (3^e éd. 1955), vol. 10, aux pp. 354 et suiv.)

De plus, dans l'arrêt *Eccles c. Bourque*, précité, le juge Dickson ajoute que le droit d'entrer dans une maison d'habitation pour chercher un contrevenant ne peut être légitimement exercé que (i) s'il existe des motifs raisonnables et probables de croire que la personne recherchée se trouve dans les lieux et (ii) si la police signale sa présence de façon habituelle avant de pénétrer dans les lieux (à la p. 744). En ce qui concerne cette dernière exigence, le juge Dickson indique, à la p. 747, que l'on n'a pas à y satisfaire dans une situation d'urgence, c'est-à-dire qu'il y aura «des occasions où, par exemple, afin de sauver de la mort ou de blessures quelqu'un qui se trouve sur les lieux ou d'empêcher la destruction d'une preuve, ou en cours de poursuite immédiate (*hot pursuit*), l'avis [pourra] ne pas être requis» (je souligne). Dans l'arrêt *Eccles*, le juge Dickson a, de ce fait, décidé que le principe de l'inviolabilité de la demeure n'est pas immuable et comporte une exception dans le cas d'une prise en chasse. Cet arrêt illustre bien que la maxime «la maison d'une personne est son château» a toujours été sujette à des exceptions.

Notre Cour a cité l'affaire *Eccles* dans les arrêts *Landry* et *Macooh*, précités, qui sont tous deux postérieurs à la *Charte*. Dans l'arrêt *Landry*, le juge en chef Dickson (avec l'appui des juges

concurring), on the basis of his reasoning in *Eccles*, concluded that in hot pursuit circumstances, the police were authorized to enter private premises in order to arrest an offender regardless of whether a warrant had been issued or not. In concurring reasons, Estey J. added in *Landry* (Beetz and McIntyre JJ. concurring), at p. 166, that the ancient principle of the inviolability of the home “must yield to the legitimate requirements of law enforcement” and went on to cite the following passage from the case of *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633 where for the majority he wrote (at p. 657):

The home is not a castle in isolation; it is a castle in a community and draws its support and security of existence from the community. The law has long recognized many compromises and outright intrusions on the literal sense of this concept [Emphasis added.]

Similarly, Lamer C.J., on behalf of the Court, confirmed in *Macooh* that cases of hot pursuit constitute an exception traditionally recognized by the common law to the principle of the sanctity of the home.

It is interesting to note that in *Macooh*, Lamer C.J. discussed the justifications for the hot pursuit exception to the sanctity of the home principle. Amongst the justifications suggested by Lamer C.J., at p. 816, was the fact that without such an exception authorizing police entry into private dwellings, “evidence of the offence leading to the pursuit or a related offence may be lost”. This particular justification regarding the need to limit the principle of the sanctity of the home is relevant here as exigent circumstances are often described as being circumstances where there is a risk of imminent destruction, removal or loss of evidence. (See, in particular, *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223.)

Exceptions to the principle of the sanctity of the home under exigent circumstances have also been recognized by the American courts. I agree with Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal who noted in *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97, at

Chouinard, Lamer et Wilson), sur la base de son raisonnement dans *Eccles*, a conclu que, dans un cas de prise en chasse, la police était autorisée à entrer dans des lieux privés pour y arrêter un contrevenant, qu’il y ait eu ou non délivrance d’un mandat. Dans ses motifs concordants dans l’arrêt *Landry*, le juge Estey (avec l’appui des juges Beetz et McIntyre) ajoute, à la p. 166, que le principe ancien de l’inviolabilité de la demeure «doit céder le pas aux exigences légitimes de l’application de la loi». Il a ensuite cité l’extrait suivant de l’arrêt *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, dans lequel il avait affirmé au nom de notre Cour à la majorité (à la p. 657):

La maison n’est pas un château isolé, c’est un château dans une société qui en assure et en protège l’existence. Le droit reconnaît depuis longtemps un bon nombre de compromis et d’empiétements purs et simples au sens littéral de ce concept. . . [Je souligne.]

De même, le juge en chef Lamer a confirmé, au nom de la Cour, dans l’arrêt *Macooh*, que les cas de prise en chasse constituent une exception, traditionnellement reconnue par la common law, au principe de l’inviolabilité de la demeure.

Il est intéressant de noter que, dans l’arrêt *Macooh*, le juge en chef Lamer a examiné les justifications de l’exception de la prise en chasse en regard du principe de l’inviolabilité de la demeure. À la page 816, il laisse entendre, notamment, qu’en l’absence d’une telle exception autorisant la police à entrer dans des maisons privées «[l]a preuve de l’infraction qui a donné lieu à la poursuite ou d’une infraction connexe peut être perdue». Cette justification relative à la nécessité de restreindre le principe de l’inviolabilité de la demeure est pertinente ici puisqu’une situation d’urgence est souvent décrite comme une situation où il existe un risque imminent de destruction, de suppression ou de perte d’éléments de preuve. (Voir, en particulier, *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223.)

Les tribunaux américains ont également reconnu des exceptions au principe de l’inviolabilité de la demeure en cas d’urgence. Je partage l’avis du juge Martin de la Cour d’appel de l’Ontario qui a souligné, dans l’arrêt *R. c. Rao* (1984), 12 C.C.C.

p. 120, (cited with approval in *Grant, supra*) that the American jurisprudence in this regard “can be valuable, particularly the articulation by the Supreme Court of the United States of the ‘common sense’ exceptions to the warrant requirement of the Fourth Amendment”. The case referred to by Martin J.A. (at p. 116) is that of *Texas v. Brown*, 103 S.Ct. 1535 (1983), where Rehnquist J. (as he then was) of the Supreme Court of the United States, with Burger C.J. and White and O’Connor JJ. concurring, stated at p. 1539:

Our cases hold that procedure by way of a warrant is preferred, although in a wide range of diverse situations we have recognized flexible, common-sense exceptions to this requirement. See, e.g., *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294, 87 S. Ct. 1642, 18 L. Ed. 2d 782 (1967) (hot pursuit); *United States v. Jeffers*, 342 U.S. 48, 51-52, 72 S. Ct. 93, 95-96, 96 L. Ed. 59 (1951) (exigent circumstances); *United States v. Ross*, — U.S. — 102 S. Ct. 2157, 72 L. Ed. 2d 572 (1982) (automobile search) . . . We have also held to be permissible intrusions less severe than full-scale searches or seizures without the necessity of a warrant. See, e.g., *Terry v. Ohio*, [392 U.S. 1] (stop and frisk) . . . [Emphasis added.]

(3d) 97, à la p. 120, (cité et approuvé dans l’arrêt *Grant*, précité) que la jurisprudence américaine sur cette question [TRADUCTION] «peut être utile, tout particulièrement la façon dont la Cour suprême des États-Unis formule les exceptions fondées sur «le bon sens» à l’exigence de mandat prévue par le Quatrième amendement». L’arrêt dont fait état le juge Martin (à la p. 116) est *Texas c. Brown*, 103 S.Ct. 1535 (1983), où le juge Rehnquist (plus tard Juge en chef) de la Cour suprême des États-Unis affirme, avec l’appui du juge en chef Burger et des juges White et O’Connor à la p. 1539:

[TRADUCTION] Selon notre jurisprudence, il faut préférer la procédure par voie de mandat, même si, dans une vaste gamme de situations différentes, nous avons reconnu que cette exigence comportait des exceptions souples et fondées sur le bon sens. Voir, par exemple, les arrêts *Warden c. Hayden*, 387 U.S. 294, 87 S. Ct. 1642, 18 L. Ed. 2d 782 (1967) (prise en chasse); *United States c. Jeffers*, 342 U.S. 48, 51 et 52, 72 S. Ct. 93, 95 et 96, 96 L. Ed. 59 (1951) (situation d’urgence); *United States c. Ross*, — U.S. — 102 S. Ct. 2157, 72 L. Ed. 2d 572 (1982) (perquisition dans une automobile) [. . .] Nous avons également jugé que des atteintes moins graves que des perquisitions, fouilles ou saisies complètes pouvaient être effectuées sans mandat. Voir, par exemple, l’arrêt *Terry c. Ohio*, [392 U.S. 1] (interpellation et fouille sommaire). . . [Je souligne.]

111 In fact, the American cases cited by my colleague Cory J. are to the same effect. More particularly, in the case of *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984), Burger C.J. states, at p. 798, that “[t]he Court of Appeals affirmed the District Court’s holding that there were no exigent circumstances to justify the warrantless entry into petitioners’ apartment”. *A contrario*, this passage illustrates that exigent circumstances constitute an exception to the principle of the sanctity of the home and that such circumstances will serve to authorize police entries made in order to preserve evidence.

En fait, la jurisprudence américaine citée par mon collègue le juge Cory va dans le même sens. Plus particulièrement, dans l’arrêt *Segura c. United States*, 468 U.S. 796 (1984), le juge en chef Burger mentionne, à la p. 798, que [TRADUCTION] «[l]a Court of Appeals a confirmé la conclusion de la District Court qu’il n’existait pas de situation d’urgence justifiant l’entrée sans mandat dans l’appartement des requérants». *A contrario*, ce passage illustre le fait que l’existence d’une situation d’urgence constitue une exception au principe de l’inviolabilité de la demeure et que, dans un tel cas, la police sera autorisée à entrer dans des lieux pour y préserver des éléments de preuve.

112 Finally, with respect to the American case law, Martin J.A. observed at p. 119 of *Rao* that a number of American appellate courts have specifically found that an entry and search of premises to prevent the removal or destruction of illicit drugs fall

Enfin, en ce qui concerne la jurisprudence américaine, le juge Martin précise, à la p. 119 de l’arrêt *Rao*, qu’un certain nombre de cours d’appel américaines ont explicitement reconnu que l’entrée et la perquisition dans des lieux pour empêcher la sup-

within the “exigent circumstances” exception. (See *United States v. Edwards*, 602 F.2d 458 (1st Cir. 1979); *Commonwealth v. Amaral*, 450 N.E.2d 656 (Mass. 1983); for more recent examples, see *United States v. Mabry*, 809 F.2d 671 (10th Cir. 1987); *United States v. Riley*, 968 F.2d 422 (5th Cir. 1992).) It therefore appears that exigent circumstances are described by American case law in the same way as they have been defined by this Court, i.e., in terms of imminent loss of evidence, amongst others, notably in the cases of *Eccles*, *Macooh* and more recently in *Grant*, *supra*.

The case of *Grant* is noteworthy as it deals with exigent circumstances in the context of the *Charter*, such circumstances having been held to constitute the constitutional threshold according to which warrantless searches will be permissible. More particularly, in *Grant*, which dealt with s. 10 of the *NCA* in the context of warrantless searches of a place other than a dwelling-house and warrantless perimeter searches of a dwelling-house, Sopinka J. stated, at p. 241, that such searches will survive *Charter* scrutiny in situations where exigent circumstances make it impracticable to obtain a warrant:

Protection against unreasonable search and seizure is maximized by the requirement that entries by state authorities be pre-authorized by a judicial arbiter. On the other hand, this Court must also consider the societal interest in law enforcement, especially with regard to the illicit drug trade. This pernicious scourge in our society permits sophisticated criminals to profit by inflicting suffering on others. In attempting to strike a balance between these two sets of interests, I have concluded that warrantless searches pursuant to s. 10 NCA must be limited to situations in which exigent circumstances render obtaining a warrant impracticable. Warrantless searches conducted under any other circumstances will be considered unreasonable and will necessarily violate s. 8 of the Charter. [Emphasis added.]

(See also: *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263.)

pression ou la destruction de drogues interdites relève de l'exception de la «situation d'urgence». (Voir *United States c. Edwards*, 602 F.2d 458 (1st Cir. 1979); *Commonwealth c. Amaral*, 450 N.E.2d 656 (Mass. 1983); pour des exemples plus récents, voir les arrêts *United States c. Mabry*, 809 F.2d 671 (10th Cir. 1987); *United States c. Riley*, 968 F.2d 422 (5th Cir. 1992).) En conséquence, il appert que la jurisprudence américaine décrit la situation d'urgence de la même façon que notre Cour l'a fait dans les arrêts *Eccles*, *Macooh* et plus récemment *Grant*, précités, soit, notamment, la situation où il y a risque imminent de perte d'éléments de preuve.

L'arrêt *Grant* est particulièrement digne de mention ici puisqu'il porte sur une situation d'urgence, dans le contexte de la *Charte*, qui a été qualifiée de condition constitutionnelle minimale pour que des perquisitions sans mandat soient acceptables. Plus particulièrement, dans cet arrêt qui portait sur l'art. 10 *LS* dans le contexte de perquisitions sans mandat dans des lieux autres qu'une maison d'habitation et de perquisitions périphériques sans mandat dans une maison d'habitation, le juge Sopinka affirme, à la p. 241, que ces perquisitions résisteront à un examen fondé sur la *Charte* dans les cas où l'urgence de la situation fait en sorte qu'il est impossible d'obtenir un mandat:

La protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives se trouve optimisée lorsqu'un arbitre judiciaire doit préalablement autoriser l'entrée dans un endroit par les autorités publiques. Par contre, notre Cour doit également tenir compte du droit de la société en matière d'application de la loi, notamment dans le domaine du commerce illégal de la drogue. Ce fléau endémique dans notre société permet à des criminels hautement perfectionnés de tirer avantage de la souffrance qu'ils infligent à d'autres. En tentant d'établir un équilibre entre ces deux droits, j'ai conclu que les perquisitions sans mandat prévues à l'art. 10 *LS* doivent être autorisées seulement lorsqu'une situation d'urgence rend pratiquement impossible l'obtention d'un mandat. Les perquisitions sans mandat effectuées dans toute autre circonstance seront considérées comme abusives et nécessairement contraires à l'art. 8 de la *Charte*. [Je souligne.]

(Voir aussi les arrêts *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, et *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263.)

114 Sopinka J. reiterated in *Grant*, at pp. 241-42, that exigent circumstances have generally been held to exist if there is an imminent danger of the loss, removal, destruction or disappearance of the evidence if the search or seizure is delayed. Although the case in *Grant* dealt with warrantless perimeter searches as opposed to warrantless entries into dwelling-houses, I am of the view that the same reasoning must apply in all cases of exigent circumstances.

115 In the end, what must be stressed here is that a warrantless entry into a private dwelling, be it under the common law or under the *Charter*, requires lawful justification and that such justification may be found in exigent circumstances. In exigent circumstances, a warrantless police entry is reasonable. Given that exigent circumstances were in fact found to have existed in the case at hand by the trial judge, the majority of the Court of Appeal and my colleague Cory J., I therefore conclude that the police's entry into the appellant's home did not infringe s. 8 of the *Charter*. Simply put, the police entry was not unreasonable under the circumstances. To hold otherwise is to negate a basic "common sense" exception which was recognized under both the common law and the *Charter* in Canada and the United States.

Reasonable Expectation of Privacy

116 A subsidiary argument in the case at hand relates to the expectation of privacy of the appellant in his private dwelling. The appellant, as the evidence has amply demonstrated, was conducting his drug-trafficking business out of his home. This is in fact what gave the police reasonable and probable cause to arrest the appellant and subsequently enter his home.

117 I note that our Court has previously discussed, with respect to the reasonableness of searches and seizures under s. 8 of the *Charter*, the lower expectancy of privacy in a workplace. (See *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investiga-*

Le juge Sopinka a réitéré, dans l'arrêt *Grant*, aux pp. 241 et 242, que l'on a généralement statué qu'il existe une situation d'urgence lorsqu'il y a risque imminent de perte, de suppression, de destruction ou de disparition d'éléments de preuve si la fouille, la perquisition ou la saisie est retardée. Bien que l'arrêt *Grant* ait porté sur des perquisitions périphériques sans mandat par opposition à des entrées sans mandat dans des maisons d'habitation, je suis d'avis que le même raisonnement doit s'appliquer dans tous les cas de situation d'urgence.

En définitive, ce qu'il faut souligner ici c'est qu'une entrée sans mandat dans une maison privée, que ce soit en vertu de la common law ou de la *Charte*, nécessite une justification légitime et qu'une situation d'urgence se prête à une telle justification. Lorsqu'il existe une situation d'urgence, il est raisonnable pour la police de pénétrer sans mandat dans les lieux d'habitation. Puisque le juge du procès ainsi que la Cour d'appel à la majorité et mon collègue le juge Cory ont conclu à l'existence d'une situation d'urgence en l'espèce, je conclus que l'entrée par la police dans la demeure de l'appellant n'a pas porté atteinte à l'art. 8 de la *Charte*. Bref, l'entrée par la police n'était pas abusive dans les circonstances. Décider le contraire serait nier l'existence d'une exception fondamentale basée sur le «bon sens» qui a été reconnue à la fois sous le régime de la common law et de la *Charte*, tant au Canada qu'aux États-Unis.

Attentes raisonnables en matière de vie privée

Comme argument subsidiaire, on a invoqué les attentes de l'appelant en matière de vie privée relativement à son domicile. L'appelant, comme la preuve l'a amplement démontré, faisait le trafic de stupéfiants à partir de sa demeure. C'est en fait ce qui a donné à la police des motifs raisonnables et probables d'arrêter l'appelant et d'entrer ensuite chez lui.

Notre Cour a déjà analysé, quant au caractère raisonnable des fouilles, perquisitions et saisies en vertu de l'art. 8 de la *Charte*, les attentes moindres qui, en matière de vie privée, existent dans des lieux de travail. (Voir *Thomson Newspapers Ltd. c.*

tion and Research, Restrictive Trade Practices Commission), [1990] 1 S.C.R. 425; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash*, [1994] 2 S.C.R. 406.) The level of expectation of privacy in the context of the business of trafficking in drugs is obviously no different from that of a legitimate business in this respect, whether it be conducted from the home or on business premises. It would in fact be perverse to conclude that an illegal enterprise enjoys a greater expectation of privacy than a legitimate business activity.

In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, Dickson J. made it clear that the expectation of privacy was at the forefront of a s. 8 *Charter* analysis. The following passage, at pp. 159-60, from this landmark search and seizure case is noteworthy in this regard:

The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from "unreasonable" search and seizure, or positively as an entitlement to a "reasonable" expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement. [Emphasis in original.]

In the case at hand, Griffiths J.A. ((1994), 16 O.R. (3d) 786) deals with the appellant's lower expectation of privacy here, although in the context of s. 24(2) of the *Charter*, as he concludes, at p. 802, that "the entry of the police into the dwelling house, before the issuance of the warrant, had no adverse effect on the [accused], except to the extent that others, on his behalf, were prevented from disposing of the evidence. . . . [T]he violation of the *Charter* rights of the appellant were minimal and the objective expectation of privacy

Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406.) De toute évidence, les attentes en matière de vie privée dans le contexte du commerce de stupéfiants ne sont pas différentes de celles qui existent dans le cadre d'une entreprise légitime exploitée dans une demeure ou dans des locaux commerciaux. Il serait, en fait, à tout le moins ironique de conclure que les attentes en matière de vie privée sont plus élevées dans le cadre d'une entreprise illégale que dans celui d'une entreprise légitime.

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, le juge Dickson établit clairement que les attentes en matière de vie privée jouent un rôle de premier plan dans le cadre d'une analyse fondée sur l'art. 8 de la *Charte*. À cet égard, il convient de citer le passage suivant tiré des pp. 159 et 160 de cet arrêt de principe en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies:

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives», ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre «raisonnablement» à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi. [Souligné dans l'original.]

En l'espèce, le juge Griffiths de la Cour d'appel ((1994), 16 O.R. (3d) 786) a examiné les attentes moindres de l'appellant en matière de vie privée, quoique dans le contexte du par. 24(2) de la *Charte*, pour conclure, à la p. 802, que [TRADUCTION] «l'entrée de la police dans la maison d'habitation, avant la délivrance du mandat, n'a eu aucun effet préjudiciable sur [l'accusé], sauf dans la mesure où elle a empêché d'autres personnes, agissant en son nom, de se défaire des éléments de preuve. [. . .] [L]'atteinte aux droits que la *Charte*

118

119

of the appellant was low” (emphasis added). The underlying idea here is that one must be mindful of the context in which privacy expectations are claimed. I am of the view that the *Charter* was not intended to protect blindly privacy interests claimed in the context of criminal activities which are played out within one’s home. It follows that in light of the circumstances, it was not unreasonable for the police to secure the premises. Given his criminal activities, the accused had an objectively low expectation of privacy within his dwelling.

Conclusion

120 In my opinion, it is neither sound constitutional interpretation nor sound constitutional policy that s. 8 of the *Charter* be held to impose a warrant requirement to enter and secure an accused’s dwelling-house where exigent circumstances exist. To adopt a position that prevents state agents from attempting to preserve evidence in cases where it could otherwise be destroyed would be to sacrifice effective crime prevention. Exigent circumstances constitute a “common sense” exception to the warrant requirement otherwise imposed by s. 8 of the *Charter*. As I concluded in *Elshaw, supra*, at p. 71, “[w]e must be careful not to leave this common sense at the doorstep when we are called on to interpret the *Charter*”.

121 On the facts of this case, the trial judge, with the benefit of having heard the whole of the evidence regarding the circumstances which led the police to enter the appellant’s private dwelling, did not find that in so doing, the police had acted in bad faith. The majority of the Court of Appeal agreed, as does my colleague Cory J., that the findings of fact made by the trial judge support the conclusion that the police acted in good faith under exigent circumstances. It is not the proper function of this Court to now second-guess the trial judge on pure findings of fact, particularly when no error of the kind that would attract appellate intervention has

garantissait à l’appelant a été minimale et les attentes objectives que l’appelant avait en matière de vie privée étaient faibles» (je souligne). L’idée sous-jacente ici est qu’il faut se soucier du contexte dans lequel on invoque les attentes en matière de vie privée. Je suis d’avis que la *Charte* ne vise pas à protéger aveuglément les droits en matière de vie privée revendiqués dans le contexte d’activités criminelles qui se déroulent à l’intérieur de la demeure d’une personne. Il s’ensuit qu’il n’était pas déraisonnable, dans les circonstances, que la police garde les lieux. Vu les activités criminelles auxquelles il se livrait, l’accusé ne pouvait avoir que de faibles attentes en matière de vie privée à l’intérieur de sa demeure.

Conclusion

À mon avis, il n’est ni correct en matière d’interprétation constitutionnelle ni de saine politique judiciaire d’interpréter l’art. 8 de la *Charte* comme assujettissant à l’obtention d’un mandat l’entrée dans la maison d’habitation d’un accusé et la garde des lieux, lorsqu’il existe une situation d’urgence. Ce serait sacrifier la prévention efficace du crime que d’adopter une position qui empêcherait les mandataires de l’État de tenter de préserver des éléments de preuve qui, autrement, risquent d’être détruits. La situation d’urgence constitue une exception fondée sur le «bon sens» à l’exigence d’obtention d’un mandat qu’impose par ailleurs l’art. 8 de la *Charte*. Comme je l’ai conclu dans l’arrêt *Elshaw*, précité, à la p. 71, «[i]l n’est pas dit qu’on doit abandonner ce bon sens lorsque nous sommes appelés à interpréter la *Charte*».

Compte tenu des faits de la présente affaire, le juge du procès, qui a eu l’avantage d’entendre toute la preuve concernant les circonstances qui ont amené la police à entrer dans la maison privée de l’appelant, n’a pas conclu qu’en ce faisant la police avait agi de mauvaise foi. La Cour d’appel à la majorité a convenu, tout comme mon collègue le juge Cory, que la détermination des faits par le juge du procès appuie la conclusion que la police a agi de bonne foi dans une situation d’urgence. Il n’appartient pas à notre Cour de se prononcer après coup sur une pure détermination des faits par le juge du procès, particulièrement lorsqu’on n’a

been demonstrated with respect to the trial judge's findings of fact on this point (see, e.g., *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at p. 467). To characterise such a finding as an "opinion" only amounts to finding a way to circumvent the well-established rule of appellate deference.

Given the absence of a trial finding of bad faith on the part of the police, one must as a consequence conclude that the police actions here were not structured in such a way as to circumvent the law or create self-serving exigent circumstances. This, of course, would amount to bad faith.

In light of the absence of a finding of bad faith, it is not open to courts of appeal, let alone our Court, to speculate *a posteriori* as to other ways in which the police might have proceeded in circumstances that are impossible to assess but for hindsight. This is particularly so when one bears in mind that the police must, more often than not, act on the spot under the pressures and dangers associated with criminal activity. To decide otherwise would be tantamount to dictating police tactics and techniques in the context of investigations and arrests. This, in my view, not only are courts not entitled to do but also should refrain from doing. This being said, had bad faith on the part of the police been found by the trial judge, such a finding would have obviously entailed different considerations.

In the circumstances, I would therefore hold that s. 8 of the *Charter* was not violated because of exigent circumstances and an objectively low expectation of privacy on the part of the appellant. In the absence of a *Charter* violation, there is no need to decide whether or not the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. However, had I found a *Charter* violation here, I would have agreed with my colleague Cory J.'s conclusion that the evidence should not be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

démontré aucune erreur de la nature de celle qui entraînerait l'intervention d'une cour d'appel (voir, par exemple, l'arrêt *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, à la p. 467). Qualifier une telle conclusion d'«opinion» constitue uniquement un moyen de contourner la règle bien établie de la retenue dont doivent faire preuve les tribunaux d'appel.

En l'absence d'une conclusion de la part du juge du procès que la police a agi de mauvaise foi, il faut en conclure que les actes de la police en l'espèce ne visaient pas à contourner la loi ni à fabriquer une situation d'urgence. Cela équivaudrait bien entendu à de la mauvaise foi.

Puisque le juge du procès n'a pas conclu à la mauvaise foi, il n'est pas loisible aux tribunaux d'appel, et encore moins à notre Cour, de s'interroger après coup sur les autres façons dont la police aurait pu procéder dans des circonstances qui ne peuvent être évaluées que rétrospectivement. Cela est particulièrement vrai si l'on tient compte du fait que la police doit, plus souvent qu'autrement, agir sous pression et sur-le-champ, en étant exposée aux dangers associés à l'activité criminelle. Prétendre le contraire reviendrait à imposer à la police des tactiques et techniques à suivre en matière d'enquêtes et d'arrestations, ce que, selon moi, les tribunaux ne sont non seulement pas habilités à faire, mais encore devraient s'abstenir de faire. Ceci dit, si le juge du procès avait conclu à mauvaise foi de la part de la police, il est évident qu'une telle conclusion aurait engendré des considérations différentes.

Dans ces circonstances, je conclurais qu'il n'y a pas eu violation de l'art. 8 de la *Charte* parce qu'il existait une situation d'urgence et que l'appelant avait des attentes objectivement faibles en matière de vie privée. En l'absence d'une violation de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de décider si l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Cependant, eus-je conclu à l'existence d'une telle violation, j'aurais été d'accord avec la conclusion de mon collègue le juge Cory que les éléments de preuve ne devraient pas être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

122

123

124

125 For all these reasons, I would dismiss the appeal.

The judgment of Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

126 CORY J. — At issue on this appeal is whether the evidence, secured as a result of a search that was conceded to be unreasonable, should be excluded pursuant to the provisions of s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As is so often the case, the factual background and the findings of the courts below will have a profound effect upon the result.

Factual Background

127 On August 28, 1990, the members of a drug squad of the Metropolitan Toronto Police commenced an investigation into the sale of cocaine. On that same date, an officer, working undercover, purchased a gram of cocaine from Antonio Scinocco for \$600. On September 10, 14 and 18, an undercover officer made further purchases of cocaine from Scinocco at a community centre in Trinity Park, Toronto. On each occasion, the amount purchased was an ounce and the sum paid in advance was \$2,000. On each of these occasions, the police officers observed the following pattern of events. Scinocco would meet with the appellant, Antonio Silveira. Silveira would then be driven by another co-accused to his residence at 486 Dufferin Street. The appellant would then go inside and leave after a short time to meet, once again, with Scinocco. Scinocco would then return to the undercover officer and give him the approximately 1 ounce or 25 grams of cocaine in rock form. At about 7:10 p.m. on the 18th, shortly after the third sale was made, the appellant was arrested, as were two co-accused. All the arrests took place in the vicinity of the community centre which was close to the appellant's residence.

128 The police were concerned that the public nature of those arrests would lead to instructions being given to the residents of 486 Dufferin Street to destroy or remove any evidence that might be on

Pour tous ces motifs, je rejetterais le pourvoi.

Version française du jugement des juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE CORY — Le présent pourvoi vise à déterminer si des éléments de preuve, obtenus à la suite d'une perquisition reconnue comme abusive, devraient être écartés conformément au par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme c'est si souvent le cas, le contexte factuel et les conclusions des tribunaux d'instance inférieure auront une profonde incidence sur le résultat.

Contexte factuel

Le 28 août 1990, les membres d'une escouade antidrogue de la police de la communauté urbaine de Toronto ont entrepris une enquête sur la vente de cocaïne. Le même jour, un policier en civil a acheté un gramme de cocaïne à Antonio Scinocco pour la somme de 600 \$. Les 10, 14 et 18 septembre, un policier en civil a effectué d'autres achats de cocaïne à Scinocco, dans un centre communautaire de Trinity Park, à Toronto. À chaque occasion, il y avait achat d'une once de cocaïne et versement à l'avance d'une somme de 2 000 \$. Les policiers ont observé, chaque fois, le scénario suivant: Scinocco rencontrait l'appelant Antonio Silveira; ce dernier était ensuite conduit par un autre coaccusé à sa résidence du 486, rue Dufferin; après y être entré, l'appelant en ressortait peu après pour aller rencontrer de nouveau Scinocco; Scinocco allait ensuite retrouver le policier en civil pour lui remettre environ une once ou 25 grammes de cocaïne sous forme de cristaux. Vers 19 h 10, le 18 septembre, peu après la troisième vente, il y a eu arrestation de l'appelant et de deux coaccusés. Toutes ces arrestations ont eu lieu dans les environs du centre communautaire, à proximité de la résidence de l'appelant.

Puisque les arrestations avaient eu lieu en public, la police craignait que les résidents du 486, rue Dufferin, reçoivent la consigne de détruire ou de supprimer tout élément de preuve susceptible de

the premises. The police believed that they had sufficient evidence from the purchases of cocaine and the observations of Silveira made on the 10th and 14th to obtain a search warrant for 486 Dufferin Street. Yet, they did not want to be accused of failing to present up-to-date information to the Justice of the Peace. It was therefore determined that further information relating to the purchase of cocaine made on the 18th would be added to the affidavit to be presented on the application for the search warrant. The police were satisfied that they had such an abundance of evidence establishing the reasonable and probable grounds for searching the premises that they would have no difficulty obtaining a search warrant. To prevent the destruction or the removal of the evidence between the time of the arrest and the arrival of the search warrant, officers attended at 486 Dufferin Street. They knocked on the door, identified themselves, and entered the premises without an invitation. Upon entering, they checked the premises for weapons and for the location of residents within the house. They then holstered their weapons and advised the occupants of the house to continue preparing dinner and watching the Blue Jays baseball game on television. They did not search the premises, but waited for the search warrant which they believed would arrive shortly.

The officers who secured the premises were convinced that 486 Dufferin Street was the supply base for the cocaine that was sold to the undercover officer. One of the officers had, on two previous dates, observed the appellant and others return to the address prior to the sales being made. Further, they were concerned that, in light of the public nature of the arrests made in three locations close to 486 Dufferin Street, word would get back to the residents with the result that the evidence would be destroyed or removed. This, in the opinion of the officers, was not uncommon in the case of hard drugs. It is not without significance that a brother of the accused arrived at the premises while the police were waiting for the search warrant. Although there had been no apparent phone

s'y trouver. La police estimait avoir recueilli suffisamment d'éléments de preuve lors des achats de cocaïne et des observations faites de Silveira les 10 et 14 septembre pour obtenir un mandat de perquisition relativement au 486, rue Dufferin. Pourtant, elle ne voulait pas qu'on lui reproche de ne pas présenter de renseignements à jour au juge de paix. C'est pourquoi on a décidé d'ajouter à l'affidavit qui devait être présenté à l'appui de la demande de mandat de perquisition d'autres renseignements sur l'achat de cocaïne effectué le 18 septembre. La police était convaincue qu'elle avait tellement d'éléments de preuve établissant qu'elle avait des motifs raisonnables et probables de perquisitionner dans les lieux qu'elle n'aurait aucune difficulté à obtenir le mandat requis. Pour empêcher la destruction ou la suppression des éléments de preuve entre les moments de l'arrestation et de l'obtention du mandat de perquisition, les policiers se sont rendus au 486, rue Dufferin, ont frappé à la porte, se sont identifiés et ont pénétré dans les lieux sans y être invités. À leur arrivée, ils ont vérifié s'il y avait des armes dans les lieux et où se trouvaient les résidents de la maison. Ils ont alors rengainé leurs armes et avisé les occupants de continuer de préparer le dîner et de regarder la partie de baseball des Blue Jays à la télé. Ils n'ont pas perquisitionné dans les lieux, mais ont plutôt attendu le mandat de perquisition qu'ils croyaient recevoir sous peu.

Les policiers qui ont gardé les lieux étaient convaincus que le 486, rue Dufferin, était la base d'approvisionnement d'où provenait la cocaïne vendue au policier en civil. L'un des policiers avait, à deux reprises, vu l'appelant et d'autres personnes retourner à cette adresse avant la réalisation des ventes. De plus, ils craignaient que, du fait que les arrestations avaient eu lieu en public, à trois endroits près du 486, rue Dufferin, les résidents n'en soient informés et ne détruisent ou suppriment les éléments de preuve, ce qui, de l'avis des policiers, n'était pas inhabituel dans le cas de drogues dures. Il n'est pas sans importance qu'un frère de l'accusé soit arrivé sur les lieux pendant que la police attendait le mandat de perquisition. Bien qu'il n'ait apparemment pas reçu d'appel téléphonique, il

call to him, he was aware of the arrest of his brother before he arrived at the house.

était au courant de l'arrestation de son frère avant d'arriver à la maison.

130 It was only when the search warrant arrived, a little over one hour later, that the actual search of the premises was undertaken. In the course of the search, the police found a locked duffle bag in the appellant's bedroom on the second floor of the house. When the officers opened it, they found some 285.56 grams (10 ounces) of cocaine and \$9,535 in cash. The cash included substantial amounts of the marked money used by the undercover police to buy cocaine on earlier occasions.

Ce n'est qu'après avoir obtenu le mandat, soit un peu plus d'une heure plus tard, que les policiers ont procédé à la perquisition dans les lieux. Ils ont alors découvert un polochon cadenassé dans la chambre à coucher de l'appelant, au premier étage de la maison. Lorsqu'ils l'ont ouvert, les policiers y ont trouvé quelque 285,56 grammes (10 onces) de cocaïne ainsi qu'une somme de 9 535 \$ en argent comptant, dont de nombreux billets marqués que le policier en civil avait auparavant utilisés pour acheter de la cocaïne.

Decisions and Factual Findings of the Courts Below

Les décisions et les conclusions de fait des tribunaux d'instance inférieure

(a) *Trial Judge*

a) *Le juge du procès*

131 The appellant challenged the admissibility of the evidence seized in the search on three grounds, all of which were dismissed by the trial judge. First, the trial judge concluded that, although the entry by the police officers could not be authorized retrospectively by the subsequent issue of a search warrant, it was nonetheless justified on the basis of exigent circumstances. He found that the three public arrests made close to the house gave rise to a valid concern on the part of the police officers that the drugs would be destroyed if steps were not taken to preserve the evidence. He concluded that the police acted reasonably in the circumstances.

L'appelant a contesté l'admissibilité des éléments de preuve saisis lors de la perquisition en faisant valoir trois moyens que le juge du procès a tous rejetés. Premièrement, le juge du procès a décidé que, même si l'entrée des policiers ne pouvait être autorisée rétroactivement par la délivrance subséquente d'un mandat de perquisition, elle était néanmoins justifiée compte tenu de l'urgence de la situation. Il a jugé que les trois arrestations effectuées en public à proximité de la maison ont suscité chez les policiers une crainte fondée que la drogue ne soit détruite si des mesures n'étaient pas prises pour préserver cette preuve. Il a conclu que la police avait agi de façon raisonnable dans les circonstances.

132 Second, the trial judge found that the police did not begin the search of the premises until the search warrant arrived. He concluded that, in the meantime, the police were entitled to enter each room to search for weapons and occupants in order to protect themselves and prevent the destruction of the evidence. He concluded that the momentary display of firearms by the police was justified in light of the connection he found existed in Toronto between hard drugs and guns. Further, he determined that the search was conducted by the police in a reasonable manner.

Deuxièmement, le juge du procès a statué que la police n'avait commencé à perquisitionner dans les lieux qu'après avoir obtenu le mandat de perquisition. Il a conclu que les policiers pouvaient, dans l'intervalle, entrer dans chaque pièce pour vérifier si des armes et des occupants s'y trouvaient, afin de se protéger et d'empêcher la destruction de la preuve. Il était d'avis que la police avait eu raison de dégainer immédiatement vu le lien qui, selon lui, existait à Toronto entre les drogues dures et l'usage d'armes à feu. Par ailleurs, il a statué que la police avait procédé de façon raisonnable à la perquisition.

Third, the search warrant was alleged to be invalid because of the failure of the police to disclose material information to the Justice of the Peace. The trial judge found that the police officer did not intentionally mislead the Justice of the Peace by failing to advise that officers might be on the premises at the time the warrant was issued. Further, he found that even after deleting any reference to the appellant's statement that drugs were on the premises, which he found to be inadmissible, there was still ample evidence put forward which would justify the issuance of the search warrant.

Although he did not make a specific finding that there was good faith, the trial judge certainly made it clear that, in his view, there was no bad faith manifested by the police actions, and he therefore admitted the evidence discovered as a result of the search.

(b) *Court of Appeal* (1994), 16 O.R. (3d) 786

In the Court of Appeal, Griffiths J.A., writing for the majority, accepted the finding of the trial judge that the failure to mention that officers were already on the premises was unintentional and, in the eyes of the police, not material. He stated that he had some difficulty in finding that the initial entry of the police constituted a search. However, he noted that there was no doubt that the initial entry was a trespass and an unwarranted invasion of privacy and that, since the Crown had conceded that there was a breach of s. 8, he was prepared to proceed with the s. 24(2) analysis on the assumption that there had been a violation of s. 8. He held that the finding of the trial judge supported the conclusion that the police were acting in good faith in attempting to secure the evidence. In his view, the police decision that there was a potential for the destruction of evidence unless the premises were secured prior to the arrival of the warrant was an exercise of judgment that was properly undertaken by experienced officers.

He rejected any suggestion that the police were abusive and found that their conduct was reasona-

Troisièmement, on a soutenu que le mandat de perquisition n'était pas valide parce que la police avait omis de divulguer des renseignements importants au juge de paix. Le juge du procès a conclu que le policier n'avait pas intentionnellement induit le juge de paix en erreur lorsqu'il a omis de mentionner que des policiers pourraient se trouver sur les lieux au moment de la délivrance du mandat. De plus, le juge a statué que, même après avoir éliminé toute mention de la déclaration de l'appelant concernant la présence de drogue dans les lieux, qu'il a jugée inadmissible, il subsistait suffisamment d'éléments de preuve qui justifiaient la délivrance du mandat de perquisition.

Bien qu'il n'ait pas précisément conclu à l'existence de bonne foi, le juge du procès a certes affirmé clairement qu'à son avis les actes de la police ne traduisait aucune mauvaise foi, et il a donc admis les éléments de preuve que la perquisition avait permis de découvrir.

b) *Cour d'appel* (1994), 16 O.R. (3d) 786

En Cour d'appel, le juge Griffiths a accepté, au nom de la majorité, la conclusion du juge du procès que l'omission de mentionner que des policiers se trouvaient déjà sur les lieux n'était pas intentionnelle ni importante aux yeux de la police. Il a dit éprouver certaines difficultés à conclure que l'entrée initiale de la police constituait une perquisition. Cependant, il a signalé qu'il n'y avait pas de doute que l'entrée initiale était une intrusion et une atteinte injustifiée à la vie privée et que, puisque le ministère public avait reconnu l'existence d'une violation de l'art. 8, il était disposé à procéder à l'analyse fondée sur le par. 24(2) en tenant pour acquis qu'il y avait eu violation de l'art. 8. Il a statué que la décision du juge de procès appuyait la conclusion que la police avait agi de bonne foi en tentant de préserver les éléments de preuve. À son avis, la décision de la police qu'il y avait risque de destruction d'éléments de preuve, à moins que les lieux ne soient gardés jusqu'à l'obtention du mandat, constituait un bon exercice de jugement de la part de policiers expérimentés.

Il a rejeté toute idée que la police avait été abusive et il a conclu qu'elle s'était conduite de façon

133

134

135

136

ble. He went on to note that, since the appellant was not in the house, and since it was the alleged *Charter* rights of the appellant that were in issue, his *Charter* rights could not have been infringed.

137 He determined that the facts in this case met all the requisite criteria set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and in *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, and that the evidence was properly admitted.

138 The minority of the Court of Appeal, in clear and forceful reasons, indicated that since the Crown had conceded that the initial entry constituted an unreasonable search, the onus lay upon the Crown to demonstrate that there were exigent circumstances justifying the entry. It was noted that s. 10 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, prevents unauthorized searches of a dwelling-house. It was determined that the actions of the police constituted an illegal search that could not be justified in the circumstances of the case and concluded that the evidence should have been found to be inadmissible.

Issue

139 The question for determination is whether the majority of the Court of Appeal erred in finding that the admission of the evidence seized from the appellant's residence could not bring the administration of justice into disrepute.

Relevant Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

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.

raisonnable. Il a ensuite souligné que, puisque l'appellant n'était pas dans la maison et que c'étaient les droits que lui garantirait la *Charte* qui étaient en cause, il ne pouvait y avoir eu violation de ses droits en vertu de la *Charte*.

Il a décidé que les faits de la présente affaire respectaient tous les critères requis énoncés dans les arrêts *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, et que les éléments de preuve avaient été admis à bon droit.

La Cour d'appel à la minorité a, dans des motifs clairs et bien étoffés, indiqué que, puisque le ministère public avait reconnu que l'entrée initiale constituait une perquisition abusive, il lui incombait d'établir l'existence d'une situation d'urgence qui la justifierait. On a souligné que l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, interdit toute perquisition non autorisée dans une maison d'habitation. On a jugé que les actes de la police constituaient une perquisition illégale qui ne pouvait être justifiée dans les circonstances de l'affaire, et que les éléments de preuve auraient dû être déclarés inadmissibles.

La question en litige

Il s'agit de savoir si la Cour d'appel à la majorité a eu tort de conclure que l'utilisation des éléments de preuve saisis dans la résidence de l'appellant n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Les dispositions législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

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

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.

Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1

10. A peace officer may, at any time, without a warrant enter and search any place other than a dwelling-house, and under the authority of a warrant issued under section 12, enter and search any dwelling-house in which the peace officer believes on reasonable grounds there is a narcotic by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed.

12. A justice who is satisfied by information on oath that there are reasonable grounds for believing that there is a narcotic, by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed, in any dwelling-house may issue a warrant, under the hand of the justice, authorizing a peace officer named therein at any time to enter the dwelling-house and search for narcotics.

Did the Entry by the Police Constitute a Search?

In my view, the respondent very properly conceded that the entry by the police, undertaken in order to secure the premises and prevent the destruction of evidence, was indeed a form of search not authorized by law. There is no place on earth where persons can have a greater expectation of privacy than within their "dwelling-house". No matter how good the intentions of the police may have been, their entry into the dwelling-house without a warrant infringed the appellant's rights guaranteed by s. 8 of the *Charter*. Moreover, there can be no artificial division between the entry into the home by the police and the subsequent search of the premises made pursuant to the warrant. The two actions are so intertwined in time and in their nature that it would be unreasonable to draw an artificial line between them in order to claim that, although the initial entry was improper, the subsequent search was valid. It follows, then, that the question to be resolved is whether or not the admission of the cocaine and the money discovered during the search could bring the administration of justice into disrepute.

Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1

10. L'agent de la paix qui croit, pour des motifs raisonnables, à la présence d'un stupéfiant ayant servi ou donné lieu à la perpétration d'une infraction à la présente loi peut, à tout moment, perquisitionner sans mandat; toutefois, dans le cas d'une maison d'habitation, il lui faut un mandat de perquisition délivré à cet effet en vertu de l'article 12.

12. Le juge de paix qui est convaincu, sur la foi d'une dénonciation sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire à la présence, dans une maison d'habitation, d'un stupéfiant ayant servi ou donné lieu à la perpétration d'une infraction à la présente loi peut signer un mandat de perquisition autorisant l'agent de la paix qui y est nommé à pénétrer dans la maison d'habitation pour y chercher le stupéfiant.

L'entrée par la police constituait-elle une perquisition?

À mon avis, l'intimée a vraiment eu raison de reconnaître que l'entrée dans les lieux par la police, qui voulait les garder et empêcher la destruction d'éléments de preuve, constituait en fait une forme de perquisition non autorisée par la loi. Il n'existe aucun endroit au monde où une personne possède une attente plus grande en matière de vie privée que dans sa «maison d'habitation». Même si la police pouvait avoir les meilleures intentions du monde lorsqu'elle est entrée dans la maison, cette entrée sans mandat portait atteinte aux droits garantis à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte*. Par ailleurs, il ne saurait y avoir de distinction artificielle entre l'entrée dans la demeure par la police et la perquisition qu'elle a ensuite effectuée dans les lieux conformément au mandat. Les deux activités sont si étroitement liées dans le temps et par leur nature qu'il serait déraisonnable d'établir une distinction artificielle entre elles pour soutenir que la perquisition subséquente était valide malgré l'irrégularité de l'entrée initiale. Il s'ensuit donc que la question est de savoir si l'admission en preuve de la cocaïne et de l'argent découverts pendant la perquisition est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Section 24(2) of the CharterLe paragraphe 24(2) de la Charte

141 This case comes down to a consideration of the balance that must be struck between the right to privacy within the home and the necessity of the police to act in exigent circumstances. On the one hand, the police, in direct contravention of s. 10 of the *Narcotic Control Act*, entered into a dwelling-house without a search warrant or authorization. The *Narcotic Control Act* itself recognizes the age-old principle of the inviolability of the dwelling-house. It must be the final refuge and safe haven for all Canadians. It is there that the expectation of privacy is at its highest and where there should be freedom from external forces, particularly the actions of agents of the state, unless those actions are duly authorized. This principle is fundamental to a democratic society as Canadians understand that term. Thus, it can be argued that the unauthorized entry into a dwelling-house is so grave a breach of a *Charter* right that evidence secured as a result of such an unauthorized entry should always be excluded.

Le présent pourvoi se ramène à un examen de l'équilibre qui doit être établi entre le droit à la vie privée dans la demeure et le besoin de la police d'agir dans une situation urgente. D'une part, la police est entrée dans une maison d'habitation sans mandat de perquisition ni autorisation, contrevenant ainsi directement à l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*. La *Loi sur les stupéfiants* elle-même reconnaît le principe séculaire de l'inviolabilité de la maison d'habitation. La maison doit être pour tout Canadien son refuge ultime. C'est à cet endroit que l'attente en matière de vie privée est la plus grande et que l'on devrait être à l'abri de forces extérieures, notamment des actions de mandataires de l'État à moins qu'elles ne soient dûment autorisées. Il s'agit d'un principe fondamental dans une société démocratique, au sens que les Canadiens donnent à cette expression. Ainsi, on peut soutenir que l'entrée non autorisée dans une maison d'habitation constitue une violation si grave d'un droit garanti par la *Charte* qu'il y a toujours lieu d'écarter les éléments de preuve qu'elle a permis d'obtenir.

142 Yet, on the other hand, the police were investigating a very serious crime, specifically the sale of a hard drug. It is a crime that has devastating individual and social consequences. It is, as well, often and tragically coupled with the use of firearms. This crime is a blight on society and every effort must be undertaken to eradicate it. It is so serious and the destruction or removal of evidence is so easy that it can be argued that the police, while awaiting a search warrant, should always have the right to enter a dwelling-house without authority to preserve the evidence. Perhaps the solution lies somewhere between these extreme positions. Before considering the proper balance to be achieved, it is necessary to deal with a preliminary issue, namely, does the decision in *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, determine the outcome of this case?

D'autre part, la police enquêtait sur un crime très grave, savoir la vente d'une drogue dure. C'est un crime qui a des conséquences dévastatrices pour les individus et la société. De plus, il s'accompagne souvent et tragiquement de l'usage d'armes à feu. Ce crime est un fléau social et aucun effort ne doit être ménagé pour l'enrayer. Il est si grave et il est si facile de détruire ou de supprimer des éléments de preuve que l'on peut soutenir que la police devrait toujours, en attendant la délivrance d'un mandat de perquisition, avoir le droit d'entrer sans autorisation dans une maison d'habitation pour préserver les éléments de preuve qui peuvent s'y trouver. Peut-être la solution se situe-t-elle à mi-chemin entre ces positions extrêmes. Avant d'examiner l'équilibre à atteindre, il est nécessaire d'examiner une question préliminaire: l'arrêt *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, est-il déterminant quant à l'issue du présent pourvoi?

Does the Kokesch Decision Dictate the Result in this Case?

The appellant argued that the evidence obtained during the search should be ruled inadmissible because the illegal entry of the police into his dwelling-house was analogous to the perimeter search conducted in *Kokesch*, *supra*. I cannot accept that submission. It will be remembered that in *Kokesch*, the police made a perimeter search of the premises without having either an authorization or reasonable and probable grounds for believing evidence would be found on the premises. It was as a result of this improper perimeter search that the police were able to obtain the requisite evidence to apply for the search warrant. Sopinka J., writing for the Court, pointed out that it was the initial violation of s. 8 of the *Charter* which led to the discovery of the evidence obtained in the search. This case is very different. No evidence was obtained as a result of the illegal entry onto the premises. The only effect of the illegal police action upon the appellant was that steps could not be taken to destroy or remove the evidence. In these circumstances, the *Kokesch* case should not be blindly applied so as to exclude automatically the evidence obtained in the search. The outcome of this case will have to be determined upon the weighing of the pertinent factors relating to the admission or exclusion of the evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

Deferential Approach to Decisions of the Courts Below

At the outset it is appropriate to bear in mind that, in a series of cases, this Court has held that findings of the courts below pertaining to s. 24(2) issues should not be overturned unless there has been "some apparent error as to the applicable principles or rules of law, or . . . a finding that is unreasonable". See *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, at p. 98; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, at p. 783; *Grant*, *supra*; and *R. v. Borden*, [1994] 3

L'arrêt Kokesch dicte-t-il le résultat en l'espèce?

L'appelant soutient que les éléments de preuve obtenus lors de la perquisition devraient être déclarés inadmissibles parce que l'entrée illégale de la police dans sa maison était analogue à la perquisition périphérique effectuée dans l'affaire *Kokesch*, précitée. Je ne puis souscrire à cet argument. On se rappellera que, dans *Kokesch*, la police avait effectué une perquisition périphérique dans les lieux, sans autorisation ou sans avoir de motifs raisonnables et probables de croire qu'on y trouverait des éléments de preuve. C'est à la suite de la perquisition périphérique irrégulière que la police avait été en mesure d'obtenir les éléments de preuve requis pour demander le mandat de perquisition. Le juge Sopinka a fait remarquer, au nom de notre Cour, que c'était la violation initiale de l'art. 8 de la *Charte* qui avait conduit à la découverte des éléments de preuve obtenus lors de la perquisition. La situation est très différente en l'espèce. Aucun élément de preuve n'a été obtenu à la suite de l'entrée illégale dans les lieux. Le seul effet que l'acte illégal de la police a eu sur l'appelant a été d'empêcher que des mesures soient prises pour détruire ou supprimer les éléments de preuve. Dans ces circonstances, on ne devrait pas appliquer aveuglément l'arrêt *Kokesch* de façon à écarter automatiquement les éléments de preuve obtenus lors de la perquisition. L'issue de la présente affaire devra dépendre de l'évaluation des facteurs pertinents quant à l'utilisation ou à l'exclusion des éléments de preuve conformément au par. 24(2) de la *Charte*.

La façon d'aborder avec retenue les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Je précise d'emblée qu'il convient de se rappeler que notre Cour a statué, dans une série d'arrêts, que les conclusions tirées par les tribunaux d'instance inférieure, quant à des questions relatives au par. 24(2), ne devraient être écartées que s'il y a eu une «erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables, ou [. . .] [une] conclusion déraisonnable». Voir les arrêts *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, à la p. 98; *R. c. Greffe*, [1990]

S.C.R. 145. It remains to be seen whether or not such an error was made.

Factors to be Taken into Account in a Consideration of s. 24(2) of the Charter

145 In *Collins, supra*, at p. 284 and p. 288, Lamer J. (as he then was) set out the three primary factors which should guide the consideration of a Court in determining whether evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. These are: (a) does the admission of the evidence affect the fairness of the trial, (b) how serious was the *Charter* breach, and (c) what would be the effect on the system's repute of excluding the evidence.

(a) The Fairness of the Trial

146 The real and tangible evidence in issue is, of course, the 285.56 grams (10 ounces) of cocaine and the money. It existed prior to the search and was located in the appellant's home. In the absence of removal or destruction, it would inevitably have been discovered upon a search of the premises. It is significant that the police did not take any steps to search the premises before the warrant arrived. Thus, the actions of the police in entering the premises without a warrant cannot be said to have jeopardized the appellant in any way unless it were to be argued that their presence prevented him from arranging for removal or destruction of the evidence. This is hardly a submission which is likely to succeed. The appellant very fairly conceded in oral argument that he was not seriously contending that the admission of the evidence would affect the fairness of the trial. He was right to make such a concession. It simply cannot be said that the admission of the evidence would affect the fairness of the trial and that aspect need no longer be considered.

(b) Seriousness of the Charter Violation

147 This is the most difficult aspect of this case. It is on this issue that the minority differed from the majority in the Court of Appeal. It is on this issue

1 R.C.S. 755, à la p. 783; *Grant*, précité; et *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145. Il reste donc à vérifier si une telle erreur a été commise.

Les facteurs dont il faut tenir compte en examinant le par. 24(2) de la Charte

Dans l'arrêt *Collins*, précité, aux pp. 284 et 288, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a énoncé les trois principaux facteurs qui devraient guider le tribunal appelé à déterminer s'il y a lieu d'écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Ces facteurs sont les suivants: a) L'utilisation de la preuve porte-t-elle atteinte à l'équité du procès? b) Quelle est la gravité de la violation de la *Charte*? Et c) quel serait l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit le système?

a) L'équité du procès

En l'espèce, la preuve matérielle est bien entendue constituée des 285,56 grammes (10 onces) de cocaïne et de l'argent. Elle existait avant la perquisition et se trouvait dans la demeure de l'appelant. À moins d'avoir été supprimée ou détruite, elle aurait inévitablement été découverte lors d'une perquisition dans les lieux. Il est important de souligner que la police n'a pas entrepris de perquisitionner avant l'obtention du mandat. En conséquence, on ne peut pas dire qu'en pénétrant sans mandat dans les lieux les policiers ont d'une façon ou d'une autre mis en péril l'appelant, sauf si on devait soutenir que leur présence l'a empêché d'organiser la suppression ou la destruction des éléments de preuve. Ce n'est guère un argument susceptible d'être retenu. Dans sa plaidoirie, l'appelant a très justement reconnu qu'il ne soutenait pas sérieusement que l'utilisation de la preuve porterait atteinte à l'équité du procès. Il a eu raison de le faire. On ne peut tout simplement pas affirmer que l'utilisation de la preuve porterait atteinte à l'équité du procès et il n'est plus nécessaire d'examiner cet aspect.

b) La gravité de la violation de la Charte

C'est l'aspect le plus difficile du présent pourvoi. C'est sur ce point que la Cour d'appel ne s'est pas entendue. C'est également sur ce point que

that the appellant bases his strongest submissions. In order to assess the gravity of the breach, a number of factors must be considered. They may be summarized as follows:

- was the violation inadvertent or committed in good faith or was it wilful, deliberate and flagrant;
- was the violation serious or merely of a technical nature;
- was the violation motivated by a situation of urgency or necessity;
- were there other investigative means available to the police which would not infringe the *Charter*.

See *Collins, supra*, and *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980.

(i) *Nature of the breach*

The police, without warrant or authority, entered a dwelling-house. This was not a simple perimeter search as in *Kokesch*, but an entry into the dwelling itself. It is hard to imagine a more serious infringement of an individual's right to privacy. The home is the one place where persons can expect to talk freely, to dress as they wish and, within the bounds of the law, to live as they wish. The unauthorized presence of agents of the state in a home is the ultimate invasion of privacy. It is the denial of one of the fundamental rights of individuals living in a free and democratic society. To condone it without reservation would be to conjure up visions of the midnight entry into homes by agents of the state to arrest the occupants on nothing but the vaguest suspicion that they may be enemies of the state. This is why for centuries it has been recognized that a man's home is his castle. It is for this reason that the *Narcotic Control Act* prohibits entry into a private dwelling-house without a warrant and it is for this reason that a search warrant must be obtained from a judicial officer on the basis of reasonable and proper grounds. Despite the historical importance attached to the privacy interest of an individual in his or her home, and the significance attached to a dwelling-house by s. 10

l'appelant fonde ses arguments les plus solides. Afin de déterminer la gravité de la violation, il faut examiner un certain nombre de facteurs qui peuvent se résumer de la façon suivante:

- La violation a-t-elle été commise par inadvertance ou de bonne foi ou était-elle volontaire, intentionnelle et flagrante?
- La violation était-elle grave ou s'agissait-il d'une simple irrégularité?
- La violation était-elle motivée par une situation d'urgence ou de nécessité?
- La police aurait-elle pu avoir recours à d'autres méthodes d'enquête qui n'aurait pas porté atteinte à la *Charte*?

Voir les arrêts *Collins*, précité, et *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980.

(i) *La nature de la violation*

La police est entrée, sans mandat ni autorisation, dans une maison d'habitation. Il s'agissait non pas d'une simple perquisition périphérique comme dans l'arrêt *Kokesch*, mais d'une entrée dans la maison d'habitation elle-même. Il est difficile d'imaginer une violation plus grave d'un droit à la vie privée d'un particulier. La demeure est l'endroit où les gens peuvent s'attendre à s'exprimer librement, à s'habiller comme ils le désirent et, dans les limites de la loi, à y vivre comme ils l'entendent. La présence non autorisée de mandataires de l'État dans une demeure constitue l'ultime atteinte à la vie privée. C'est la violation de l'un des droits fondamentaux de toute personne qui vit dans une société libre et démocratique. La tolérer sans réserve évoquerait des images d'entrée de nuit dans des demeures par des mandataires de l'État dans le but d'en arrêter les occupants au moindre soupçon qu'ils peuvent être des ennemis de l'État. C'est pourquoi l'on reconnaît, depuis des siècles, que la maison d'une personne est son château. C'est pour ce motif que la *Loi sur les stupéfiants* interdit de pénétrer sans mandat dans une maison privée et qu'il faut obtenir un mandat de perquisition d'un juge sur la foi de motifs raisonnables et appropriés. Malgré l'importance historique attachée au droit à la vie privée dont jouit une personne dans sa maison et celle que l'art. 10 de la

of the *Narcotic Control Act*, the police entered the appellant's home without a warrant.

Loi sur les stupéfiants attache à une maison d'habitation, la police est entrée sans mandat dans la demeure de l'appellant.

149 The entry onto the property by the police was thus a very serious breach of a *Charter* right. It remains to be seen if there are other factors which can mitigate the seriousness of the *Charter* violation.

L'entrée dans cette maison par la police constituait donc une violation très grave d'un droit garanti par la *Charte*. Il reste maintenant à vérifier s'il existe d'autres facteurs qui peuvent atténuer la gravité de la violation de la *Charte*.

(ii) *Was the violation committed in good faith and was it motivated by circumstances of urgency or necessity?*

(ii) *La violation a-t-elle été commise de bonne foi et était-elle motivée par une situation d'urgence ou de nécessité?*

150 These critical factors can, I think, be considered together. It will be remembered that the trial judge found that there were exigent circumstances which required the police to enter the premises to protect the evidence. These included, particularly, the arrest of three co-accused all in public places which were close to the home of the appellant. The police believed that those arrests might trigger the removal of the evidence. The trial judge concluded that the police had a valid basis for their concern to preserve the evidence pending the arrival of the warrant. He observed that the search itself was conducted reasonably, as was the original entry of the police into the home. Lastly, he concluded that there was a sound basis for issuing the search warrant. These findings were all confirmed by the majority of the Court of Appeal. There are, therefore, concurrent findings in this regard. If there was no specific finding that the police had acted in good faith, there was certainly no indication that there was any evidence of bad faith on the part of the police. Further, the evidence reveals that the police considered that they had the right to enter the house to preserve the evidence and an able and experienced trial judge appeared to agree with that conclusion. The trial judge, like the police, may have been in error in reaching that conclusion for the police actions specifically breached the provisions of s. 10 of the *Narcotic Control Act*. Nonetheless, the circumstances of the public arrests and the need to preserve the evidence were found to constitute exigent circumstances. In those circumstances, it cannot be said that the breach of the

À mon avis, ces facteurs cruciaux peuvent être examinés ensemble. On se rappellera que le juge du procès a conclu à l'existence d'une situation d'urgence qui a obligé la police à pénétrer dans les lieux pour protéger les éléments de preuve. Parmi celles-ci, il y avait notamment le fait que l'arrestation des trois coaccusés avait eu lieu dans un endroit public à proximité de la demeure de l'appellant. La police croyait que ces arrestations risquaient de provoquer la suppression des éléments de preuve. Le juge du procès a conclu que la police était justifiée de se soucier de la préservation des éléments de preuve en attendant l'obtention du mandat. Il a fait remarquer que la perquisition elle-même avait été effectuée de façon raisonnable, de même que l'entrée initiale de la police dans la demeure. Enfin, il a conclu qu'il existait une raison valable de décerner le mandat. La Cour d'appel à la majorité a confirmé toutes ces conclusions. Il y a donc des conclusions concordantes sur ce point. Si on n'a pas conclu précisément que la police avait agi de bonne foi, il est certain que rien n'indiquait qu'il y avait preuve de mauvaise foi de la part de la police. De plus, la preuve révèle que la police estimait avoir le droit de pénétrer dans la maison pour préserver les éléments de preuve, et un juge du procès compétent et expérimenté paraît avoir été d'accord avec cette conclusion. Le juge du procès, à l'instar de la police, a peut-être eu tort de tirer cette conclusion puisque les actes de la police violaient précisément l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*. Néanmoins, on a considéré que les arrestations en public et la nécessité de préserver les éléments de preuve constituaient une situation d'urgence. Dans ces circonstances, on ne saurait

Charter rights by the police was committed in bad faith.

There was strong and persuasive evidence upon which the trial judge and majority of the Court of Appeal could properly find that there were exigent circumstances which justified the police entry into the home of the appellant. That is to say that there were other factors which mitigated the seriousness of the *Charter* violation. It is sufficient to dispose of this issue to state that the appellant has not demonstrated that the findings of the courts below were unreasonable or that there was some error made as to the applicable principles of law.

Police Dilemma

Yet, the question remains, how should the police act in a situation where they have a serious and valid concern pertaining to the preservation of evidence while awaiting a search warrant. As a result of this case, police officers will be aware that to enter a dwelling-house without a warrant, even in exigent circumstances, constitutes such a serious breach of *Charter* rights that it will likely lead to a ruling that the evidence seized is inadmissible.

In the future, this problem may disappear as a result of legislation which might, for example, amend the provisions of s. 10 of the *Narcotic Control Act*. However, apart from legislation, let us consider the options that are open to the police and their consequences.

In this case, evidence existed upon which a search warrant could have been obtained before the arrests were made. It may be that it would have been preferable for the police to have obtained a search warrant based on the earlier transactions completed prior to that made on the day of the arrests. The police could have advised the Justice of the Peace that they expected to make the arrests and that there might be further information that would be available from those arrests which could be supplied immediately after the arrest, perhaps by telephone and subsequently confirmed by a

affirmer que la police a agi de mauvaise foi en violant les droits garantis par la *Charte*.

Il existait des éléments de preuve solides et convaincants qui permettaient au juge du procès et à la Cour d'appel à la majorité de conclure à bon droit à l'existence d'une situation d'urgence qui justifiait l'entrée par la police dans la demeure de l'appellant. Autrement dit, il y avait d'autres facteurs qui atténuaient la gravité de la violation de la *Charte*. Pour trancher cette question, il suffit de dire que l'appellant n'a pas établi que les conclusions des tribunaux d'instance inférieure étaient déraisonnables ou qu'il existait une erreur quant aux principes de droit applicables.

Le dilemme de la police

Il reste alors à savoir comment la police devrait agir dans un cas où elle a des motifs sérieux et valables de se soucier de la préservation d'éléments de preuve en attendant d'obtenir un mandat de perquisition. À la suite du présent pourvoi, les policiers sauront que pénétrer sans mandat dans une maison d'habitation constitue, même en cas d'urgence, une violation si grave des droits garantis par la *Charte* que les éléments de preuve saisis seront probablement jugés inadmissibles.

Il se peut que ce problème disparaisse, à l'avenir, à la suite d'une mesure législative qui pourrait, par exemple, modifier les dispositions de l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*. Toutefois, cette possibilité mise à part, il nous faut examiner les choix qui s'offrent à la police, ainsi que leurs conséquences.

En l'espèce, il existait des éléments de preuve qui auraient permis d'obtenir un mandat de perquisition avant les arrestations. Il aurait peut-être été préférable que la police obtienne un mandat de perquisition sur la foi des opérations antérieures à celles effectuées le jour des arrestations. La police aurait pu dire au juge de paix qu'elle s'attendait à faire les arrestations et que celles-ci seraient susceptibles de permettre d'obtenir d'autres renseignements qui pourraient être fournis immédiatement après ces arrestations, peut-être par téléphone, et être ensuite confirmés par une dépo-

151

152

153

154

deposition. At the time of trial, if the search warrant was attacked on the grounds that it was outdated, evidence could be adduced of the difficulty of providing up-to-date material in circumstances like these and that, in light of the necessity of protecting the evidence, the police found it necessary to obtain a warrant based on the earlier transactions and observations. In the absence of an unreasonable delay between the observations and the application, it would be difficult to imagine that the warrant could be successfully attacked on the grounds that it was stale-dated. That is the way the police should have proceeded.

sition. Lors du procès, si l'on avait contesté le mandat de perquisition pour le motif qu'il était périmé, on aurait pu présenter des éléments de preuve sur la difficulté de fournir de la documentation à jour dans de telles circonstances et sur le fait que, compte tenu de la nécessité de préserver les éléments de preuve, la police avait jugé nécessaire d'obtenir un mandat en se fondant sur les opérations et observations antérieures. En l'absence d'un délai déraisonnable entre le moment des observations et celui où on a fait la demande de mandat, il serait difficile de croire que l'on pourrait contester avec succès le mandat pour le motif qu'il était périmé. C'est la façon dont la police aurait dû procéder.

155 Yet, that is not to say that the police forever should be prohibited from entering premises in order to secure and preserve the evidence. Situations may arise when it will be impossible for the police to proceed by means of a search warrant based on earlier observations. Undercover officers may have worked long and hard in situations of great personal danger to proceed with one very large purchase of drugs in circumstances where it is essential to preserve the evidence which the police believe on reasonable and probable grounds to be in a home. Yet, it will take time to obtain a search warrant. In those circumstances, courts will have to determine on a case-by-case basis whether or not there existed such a situation of emergency and importance that the evidence obtained may be admitted notwithstanding the warrantless search. However, I must emphasize again that after this case it will be rare that the existence of exigent circumstances alone will allow for the admission of evidence obtained in a clear violation of s. 10 of the *Narcotic Control Act* and s. 8 of the *Charter*. Otherwise, routinely permitting the evidence to be admitted under s. 24(2) of the *Charter* in cases where exigent circumstances exist would amount to a judicial amendment of s. 10 of the *Narcotic Control Act*. This was the position taken by counsel for the respondent. In his submissions, he very carefully stated that he was not seeking *carte blanche* for the police to enter a dwelling-house to preserve evidence. Rather, he maintained, quite

Cela ne signifie pas pour autant qu'il devrait toujours être interdit à la police de pénétrer dans des lieux afin de garder et de préserver les éléments de preuve. Il pourra y avoir des cas où la police ne pourra pas recourir à un mandat obtenu grâce à des observations antérieures. Il se pourra que des policiers en civil aient travaillé longuement et durement, dans des conditions fort dangereuses, pour procéder à un très important achat de drogue dans des circonstances où il est essentiel de préserver les éléments de preuve qui, selon ce que la police croit pour des motifs raisonnables et probables, se trouvent dans une demeure. Cependant, il devra s'écouler un délai avant qu'on obtienne un mandat. Dans ces circonstances, les tribunaux devront déterminer, dans chaque cas, s'il existait une situation d'urgence et d'importance qui justifie d'admettre la preuve obtenue même si la perquisition a été effectuée sans mandat. Toutefois, je dois souligner à nouveau qu'après le présent pourvoi il sera rare que l'existence d'une situation d'urgence permettra à elle seule d'utiliser la preuve obtenue d'une manière nettement contraire à l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants* et à l'art. 8 de la *Charte*. Dans le cas contraire, permettre systématiquement que la preuve soit utilisée, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, dans les cas où il existe une situation d'urgence constituerait une modification judiciaire de l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*. C'est là la position adoptée par l'avocat de l'intimée. Dans ses arguments, il a bien pris soin de préciser qu'il

correctly I believe, that the issue should be considered on a case by case basis.

It seems that the American courts have adopted this same approach. The Fourth Amendment to the Constitution of the United States reads as follows:

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

The facts in *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984), are somewhat similar to those presented in this case. In *Segura v. United States*, New York Drug Enforcement Task Force officers had a number of persons under surveillance who were suspected of trafficking in cocaine. After two of the suspects were arrested, Task Force agents were then authorized to arrest the appellant Segura. They were told that the search warrant for Segura's apartment probably could not be obtained until the following day and that the agent should secure the apartment to prevent destruction of the evidence. Later that same evening, the agents arrested Segura, took him to his apartment, knocked on the door and, when it was opened by the appellant and co-accused Colon, entered the apartment without requesting or receiving permission. The agents then conducted a limited security check of the apartment and, in the process, observed, in plain view, drug paraphernalia. Colon was then arrested and he and Segura were taken into custody. Two agents remained in the apartment awaiting the arrival of the warrant. However, because of "administrative delays", the warrant was not issued until some 19 hours after the entry into the apartment. When the warrant arrived, a search was conducted

ne demandait pas que les policiers obtiennent carte blanche pour entrer dans une maison d'habitation afin de préserver des éléments de preuve. Il a plutôt affirmé, fort correctement à mon avis, que la question devrait être examinée dans chaque cas.

Les tribunaux américains semblent avoir adopté ce point de vue. Voici le texte du Quatrième amendement de la Constitution américaine:

[TRADUCTION] Le droit des citoyens d'être garantis dans leurs personnes, domiciles, papiers et effets, contre des perquisitions et saisies déraisonnables ne sera violé, et aucun mandat ne sera décerné, si ce n'est pour un motif plausible, soutenu par serment ou affirmation, ni sans qu'il décrive avec précision le lieu à fouiller et les personnes ou choses à saisir.

Les faits dans l'arrêt *Segura c. United States*, 468 U.S. 796 (1984), sont quelque peu semblables à ceux présentés en l'espèce. Dans cette affaire, des policiers du groupe d'intervention de l'escouade antidrogue de New York surveillaient un certain nombre de personnes qu'ils soupçonnaient de faire le trafic de cocaïne. Après l'arrestation de deux suspects, les policiers du groupe d'intervention avaient alors reçu l'autorisation d'arrêter l'appellant Segura. On leur avait dit qu'ils ne pourraient probablement pas obtenir, avant le lendemain, le mandat les autorisant à perquisitionner dans l'appartement de Segura et qu'ils devraient garder l'appartement afin d'empêcher la destruction des éléments de preuve. Plus tard dans la soirée, les policiers ont arrêté Segura, l'ont conduit à son appartement, ont frappé à la porte et ont, après que l'appellant et le coaccusé Colon eurent ouvert la porte, pénétré dans l'appartement sans avoir demandé ni obtenu la permission de le faire. Les policiers ont ensuite effectué un contrôle de sécurité limité de l'appartement, qui leur a permis d'observer, bien en vue, des accessoires facilitant la consommation de drogues. Colon a alors été arrêté et placé en détention avec Segura. Deux policiers sont demeurés dans l'appartement en attendant l'obtention du mandat. Cependant, en raison de «retards administratifs», le mandat n'a été décerné que quelque 19 heures après l'entrée dans l'appartement. Après avoir obtenu le mandat, les policiers ont effectué une perquisition et ils ont

156

157

and the agents discovered cocaine and records of narcotics transactions.

158 Burger C.J., for the court, stated at p. 798:

Resolution of this issue requires us to consider two separate questions: first, whether the entry and internal securing of the premises constituted an impermissible seizure of all the contents of the apartment, seen and unseen; second, whether the evidence first discovered during the search of the apartment pursuant to a valid warrant issued the day after the entry should have been suppressed as "fruit" of the illegal entry. Our disposition of both questions is carefully limited.

The Court of Appeals affirmed the District Court's holding that there were no exigent circumstances to justify the warrantless entry into petitioners' apartment. That issue is not before us, and we have no reason to question the courts' holding that the *search* was illegal. The ensuing interference with petitioners' possessory interests in their apartment, however, is another matter. On this first question, we conclude that, assuming that there was a *seizure* of all the contents of the petitioners' apartment when agents secured the premises from within, that seizure did not violate the Fourth Amendment. Specifically, we hold that where officers, having probable cause, enter premises, and with probable cause, arrest the occupants who have legitimate possessory interests in its contents and take them into custody and, for no more than the period here involved, secure the premises from within to preserve the status quo while others, in good faith, are in the process of obtaining a warrant, they do not violate the Fourth Amendment's proscription against unreasonable seizures. [Italics in the original, emphasis by underlining added.]

With respect to the admissibility of evidence found during the subsequent search, once the search warrant was obtained, Burger C.J. held at p. 799:

The illegality of the initial entry, as we will show, has no bearing on the second question. The resolution of this second question requires that we determine whether the initial entry tainted the discovery of the evidence now challenged. On this issue, we hold that the evidence discovered during the subsequent search of the apartment

alors découvert de la cocaïne et des dossiers concernant des opérations en matière de stupéfiants.

Le juge en chef Burger affirme, au nom de la cour, à la p. 798:

[TRADUCTION] Pour résoudre cette question, nous devons répondre à deux questions distinctes: premièrement, l'entrée et la garde à l'intérieur des lieux constituaient-elles une saisie inacceptable de tout le contenu de l'appartement, visible ou non? Deuxièmement, les éléments de preuve tout d'abord découverts pendant la perquisition dans l'appartement conformément à un mandat valide décerné le lendemain de l'entrée dans la maison auraient-ils dû être écartés pour le motif qu'ils étaient le «fruit» d'une entrée illégale? Nous circonscrivons soigneusement nos réponses à ces deux questions.

La Court of Appeals a confirmé la conclusion de la District Court qu'il n'existait pas de situation d'urgence justifiant l'entrée sans mandat dans l'appartement des requérants. Nous ne sommes pas saisis de cette question et nous n'avons aucun motif de mettre en doute la décision de ces tribunaux quant à l'illégalité de la *perquisition*. Cependant, l'atteinte consécutive aux droits de possession des requérants constitue une toute autre question. En ce qui concerne la première question, nous concluons qu'à supposer qu'il y ait eu *saisie* de tout le contenu de l'appartement des requérants lorsque les policiers ont gardé les lieux à l'intérieur, cette saisie n'a pas violé le Quatrième amendement. Plus particulièrement, nous statuons que des policiers ne contreviennent pas à l'interdiction des saisies abusives par le Quatrième Amendement, s'ils ont un motif probable de pénétrer dans des lieux et d'y arrêter les occupants qui ont des droits de possession légitimes sur le contenu de ces lieux, et s'ils placent ces personnes en détention et assurent ensuite la garde des lieux en demeurant à l'intérieur pendant une période ne dépassant pas celle dont il est question en l'espèce, pendant que d'autres policiers, agissant de bonne foi, s'occupent d'obtenir un mandat. [En italique dans l'original; je souligne.]

Quant à l'admissibilité des éléments de preuve découverts au cours de la perquisition subséquente, une fois le mandat de perquisition obtenu, le juge en chef Burger affirme, à la p. 799:

[TRADUCTION] L'illégalité de l'entrée initiale, comme nous allons l'établir, n'a aucune incidence sur la deuxième question. Pour trancher cette deuxième question, nous devons déterminer si l'entrée initiale a vicié la découverte des éléments de preuve maintenant contestés. Sur ce point, nous concluons qu'il n'est pas

the following day pursuant to the valid search warrant issued wholly on information known to the officers before the entry into the apartment need not have been suppressed as “fruit” of the illegal entry because the warrant and the information on which it was based were unrelated to the entry and therefore constituted an independent source for the evidence under *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920).

It can be seen that the reasons were carefully limited to the situation presented by the case.

Similarly, in *United States v. Mabry*, 809 F.2d 671 (10th Cir. 1987), the District of New Mexico Circuit held that the warrantless entry into and protective sweep of the defendant’s home was justified by exigent circumstances. Specifically, the officers’ contact had just been arrested and it was known that his source of supply, which was believed to be the defendants, would be suspicious if he did not return soon.

Thus, it can be seen that the careful case-by-case approach undertaken in the United States has resulted in the courts’ admitting evidence seized during a search after premises have been secured in order to preserve evidence, if the exigent circumstances required such a measure. Although s. 10 of the *Narcotic Control Act* does not permit such measures in case of a dwelling-house, a careful case-by-case approach under s. 24(2) should be taken in Canada. Notwithstanding the specific provisions in the *Narcotic Control Act* prohibiting entry into a dwelling-house, and the historical importance that has always been attached to a dwelling-house, it cannot be forgotten that there is an unfortunate connection between illicit trafficking in drugs and the use of firearms. Further, as indicated by the facts in this case, a communication network often exists which facilitates the destruction of vital evidence. Proceeding on a case-by-case basis will permit the courts to recog-

nécessaire d’écarter les éléments de preuve découverts pendant la perquisition effectuée le lendemain dans l’appartement, conformément à un mandat valide décerné sur la foi de renseignements connus des policiers avant l’entrée dans l’appartement, pour le motif qu’ils sont le «fruit» de l’entrée illégale, et ce, parce que le mandat et les renseignements sur la foi desquels il a été décerné n’avaient aucun rapport avec l’entrée et constituaient donc une source indépendante aux fins de la preuve requise en vertu de l’arrêt *Silverthorne Lumber Co. c. United States*, 251 U.S. 385 (1920).

On peut constater que les motifs ont été soigneusement limités à la situation en cause.

De même, dans l’arrêt *United States c. Mabry*, 809 F.2d 671 (10th Cir. 1987), la cour de circuit du district de New Mexico a statué que l’existence d’une situation d’urgence justifiait l’entrée sans mandat dans la demeure du défendeur et la prise de mesures de protection. Plus précisément, la personne avec qui les policiers étaient en relation venait d’être arrêtée et on savait que ses fournisseurs, que l’on croyait être les défendeurs, se méfieraient s’ils ne la voyaient pas revenir sous peu.

Ainsi, on peut constater que la façon minutieuse de procéder cas par cas, adoptée aux États-Unis, a amené les tribunaux à admettre des éléments de preuve saisis au cours d’une perquisition effectuée postérieurement à une garde des lieux visant à les préserver, pourvu qu’une situation d’urgence ait exigé la prise d’une telle mesure. Même si l’art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants* ne permet pas de prendre ces mesures dans le cas d’une maison d’habitation, il y a lieu, au Canada, d’adopter une façon minutieuse de procéder cas par cas en vertu du par. 24(2). Nonobstant les dispositions précises de la *Loi sur les stupéfiants* qui interdisent l’entrée dans une maison d’habitation, et l’importance historique qui a toujours été accordée à une maison d’habitation, on ne saurait oublier qu’il existe un lien malencontreux entre le trafic illicite de stupéfiants et l’usage d’armes à feu. Par ailleurs, comme l’indiquent les faits en l’espèce, il existe souvent un réseau de communications qui facilite la destruc-

159

160

161

nize and balance the fundamental importance of the right to privacy in a person's dwelling against the gravity of drug crimes and the need of the police in emergency circumstances to preserve vital evidence. In my view, such circumstances existed in this case. Further, the fact that the police entered to preserve the evidence rendered the breach less serious.

tion d'éléments de preuve cruciaux. Si les tribunaux adoptent une façon de procéder cas par cas, ils pourront reconnaître et soupeser l'importance fondamentale du droit à la vie privée dont jouit une personne dans une maison d'habitation, en fonction de la gravité des crimes en matière de drogues et de la nécessité pour la police de préserver, dans une situation d'urgence, des éléments de preuve cruciaux. À mon avis, une telle situation existait en l'espèce. De plus, la violation était d'autant moins grave que les policiers sont entrés dans les lieux pour préserver les éléments de preuve.

162

Yet, s. 24(2) of the *Charter* should not be used as a matter of course to excuse conduct which has in the past been found to be unlawful. This case has confirmed that to enter and search a dwelling-house without a warrant constitutes a very serious breach of the *Narcotic Control Act* and the historic inviolability of a dwelling place. Therefore, in the future, even if such exigent circumstances exist, the evidence would likely be found inadmissible under s. 24(2). It is difficult to envisage how the admission of the evidence could not bring the administration of justice into disrepute since in subsequent cases, it will be very difficult for the police to claim that they acted in good faith if they entered the dwelling without prior judicial authorization. The police must now know that exigent circumstances do not provide an excuse for failing to obtain a warrant. It is up to Parliament to amend s. 10 if it wishes to provide for exceptions to the warrant requirement. Although I do not wish to foreclose the possibility that the evidence may still be admitted under s. 24(2), it will only occur in rare cases.

Pourtant, le par. 24(2) de la *Charte* ne devrait pas servir automatiquement à excuser une conduite qui, dans le passé, a été jugée illégale. La présente affaire a confirmé que l'entrée et la perquisition sans mandat dans une maison d'habitation constitue une violation très grave de la *Loi sur les stupéfiants* et de l'inviolabilité historique de la demeure. Donc, à l'avenir, même en présence d'une telle situation d'urgence, la preuve serait probablement jugée inadmissible en vertu du par. 24(2). Il est difficile d'envisager comment l'utilisation de la preuve ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice puisque, dans des cas subséquents, il sera très difficile aux policiers qui sont entrés dans une résidence, sans autorisation judiciaire préalable, de soutenir qu'ils ont agi de bonne foi. Les policiers doivent désormais savoir que l'existence d'une situation d'urgence ne justifie pas l'omission d'obtenir un mandat. Il appartient au Parlement de modifier, s'il le désire, l'art. 10 de manière à prévoir des exceptions à l'exigence d'un mandat. Bien que je ne souhaite pas écarter la possibilité que la preuve puisse encore être admise en vertu du par. 24(2), cela ne se produira que dans de rares cas.

163

At the time of the unauthorized entry, the police could not reasonably have been expected to consider that there was another investigatory technique available to them that would not have infringed the *Charter*. As a result, no other aspect of the seriousness of the *Charter* violation need be considered.

Au moment de l'entrée non autorisée, on n'aurait pas pu raisonnablement s'attendre à ce que la police examine la possibilité de recourir à une autre technique d'enquête qui n'aurait pas contrevenu à la *Charte*. En conséquence, aucun autre aspect de la gravité de la violation de la *Charte* n'a à être examiné.

(c) The Effect of the Exclusion of the Evidence

The last major factor to be considered in the s. 24(2) analysis is the effect the exclusion of the evidence would have on the administration of justice. The outcome of this issue was not seriously contested by the appellant. The appellant was charged with possession for the purpose of trafficking and trafficking in a hard drug in significant quantities. These are offences that can have a catastrophic effect on society and that carry with them a provision for imprisonment for life. The evidence at issue here was vitally important if not crucial to the prosecution of the case. Indeed, the respondent concedes that without this evidence there would be no possibility of obtaining a conviction on the charge of possession of cocaine for the purpose of trafficking. As well, exclusion of the impugned evidence would substantially diminish the strength of the Crown's case on the trafficking charges.

Summary with Regard to the Three Factors(a) Fairness of the Trial

The evidence seized as a result of the search was real evidence that existed in the appellant's residence. It would inevitably have been discovered in a search of those premises. Its admission cannot conceivably be thought to affect the fairness of the trial adversely.

(b) Seriousness of the Breach

There can be no doubt that for the police to enter a dwelling-house without a warrant flies in the face of the provisions of the *Narcotic Control Act* and is a denial of the historical and fundamental importance of a person's home. Yet, exigent circumstances did exist. They included the nature of the crime, the public arrests near the dwelling-house and the belief by the police that they needed to enter the house in order to preserve the evidence while they awaited the search warrant which they believed to be on the way. As the trial judge and the majority of the Court of Appeal found, the

c) L'incidence de l'exclusion des éléments de preuve

Le dernier facteur important dont il faut tenir compte, dans le cadre de l'analyse fondée sur le par. 24(2), est l'incidence que l'exclusion des éléments de preuve aurait sur l'administration de la justice. L'appellant n'a pas sérieusement contesté la réponse à cette question. Il a été accusé de possession à des fins de trafic et de trafic d'importantes quantités de drogue dure. Ce sont des infractions qui peuvent avoir un effet catastrophique sur la société et pour lesquelles une peine d'emprisonnement à perpétuité est prévue. Les éléments de preuve en cause en l'espèce revêtaient une importance vitale, voire cruciale, pour la poursuite. En fait, l'intimée reconnaît que, sans ces éléments de preuve, il serait impossible d'obtenir une déclaration de culpabilité relativement à l'accusation de possession de cocaïne à des fins de trafic. De même, l'exclusion de la preuve attaquée affaiblirait sensiblement la preuve du ministère public relativement aux accusations de trafic.

*Résumé quant à ces trois facteurs*a) Équité du procès

La preuve saisie grâce à la perquisition était une preuve matérielle qui se trouvait dans la résidence de l'appellant. Elle aurait inévitablement été découverte au cours d'une perquisition des lieux. Il est inconcevable que son utilisation risque de compromettre l'équité du procès.

b) Gravité de l'infraction

Il n'y a pas de doute que l'entrée sans mandat par la police dans une maison d'habitation contrevient aux dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* et constitue une dénégation de l'importance historique et fondamentale de la demeure d'une personne. Cependant, il existait une situation d'urgence à cause, notamment, de la nature du crime, des arrestations effectuées en public près de la maison d'habitation et du fait que la police croyait nécessaire d'entrer dans la maison d'habitation pour préserver les éléments de preuve en attendant la délivrance du mandat de perquisition qu'elle

164

165

166

Charter violation was rendered less serious in light of the particular facts of this case.

pensait recevoir sous peu. À l'instar du juge du procès et de la Cour d'appel à la majorité, je suis d'avis que la violation était moins grave à la lumière des faits particuliers de la présente affaire.

167 If the urgent emergency circumstances are such that the police are required to enter a dwelling without a warrant to preserve evidence, the question as to whether or not the serious nature of the breach would render the evidence obtained in a subsequent search inadmissible will have to be carefully considered on a case-by-case basis. I reiterate, however, that it would be only in rare cases that such evidence could be admitted in the future. It would be preferable for the police to obtain a search warrant prior to the arrest even if it was on the basis of more limited information than that which could be advanced after the arrest. An explanation to the trial court concerning the need for speed in searching the premises may often satisfactorily answer any allegations that the warrant is so stale-dated as to be ineffective. Now the police may be able to obtain a search warrant by telephone by making use of the provisions of s. 487.1 of the *Criminal Code*.

Dans les cas où l'urgence est telle que la police doit entrer sans mandat dans une maison d'habitation pour préserver des éléments de preuve, il faudra examiner soigneusement, dans chaque cas, si la gravité de la violation rendrait inadmissibles les éléments de preuve obtenus au cours d'une perquisition ultérieure. Je répète, toutefois, qu'à l'avenir une telle preuve ne pourrait être admise que dans de rares cas. Il serait préférable que la police obtienne un mandat de perquisition avant de procéder à une arrestation, même s'il se fondait sur des renseignements plus limités que ceux qui pourraient être avancés après l'arrestation. Il peut suffire de donner au tribunal de première instance une explication de la nécessité de perquisitionner sans délai pour contrer toute allégation que le mandat est périmé au point d'être inefficace. Maintenant les policiers sont en mesure d'obtenir un mandat de perquisition par téléphone, grâce aux dispositions de l'art. 487.1 du *Code criminel*.

(c) Effect of the Exclusion of the Evidence

c) Incidence de l'exclusion des éléments de preuve

168 Drug trafficking is a serious crime and the evidence seized was vital to the proof of the case against the appellant. The admission of the evidence would not have an adverse effect upon the reputation of the administration of justice.

Le trafic de stupéfiants est un crime grave et les éléments de preuve saisis étaient essentiels à la preuve qui pesait contre l'appelant. L'utilisation de la preuve n'aurait pas pour effet de déconsidérer l'administration de la justice.

169 In weighing all the factors which must be taken into account when considering s. 24(2) of the *Charter*, it is apparent that in this case the evidence was properly found to be admissible.

En évaluant tous les facteurs dont il faut tenir compte dans l'examen du par. 24(2) de la *Charte*, il appert que c'est à bon droit que les éléments de preuve ont été jugés admissibles en l'espèce.

Disposition

Dispositif

170 The appeal is therefore dismissed.

Le pourvoi est donc rejeté.

Appeal dismissed, LA FOREST J. dissenting.

Pourvoi rejeté, le juge LA FOREST est dissident.

Solicitor for the appellant: Paul B. Rosen, Toronto.

Procureur de l'appelant: Paul B. Rosen, Toronto.

*Solicitor for the respondent: The Federal
Department of Justice, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère fédéral de
la Justice, Toronto.*



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

En case 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, 1995 Vol. 2

3^e cahier, 1995 Vol. 2

Cited as [1995] 2 S.C.R. 379-511

Renvoi [1995] 2 R.C.S. 379-511

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 1995 Fall Session, hearings will begin at **9:45 a.m.** rather than 10:15 a.m.

When two appeals are scheduled to be heard on the same day, counsel in **both** appeals are requested to attend at the Process Registry, Room 166, no later than 9:15 a.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. If a party to an appeal brings a motion which must be dealt with in open court before the commencement of the appeal, the time allotted to that party for principal argument will be reduced accordingly, unless otherwise ordered.

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 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 notices of August 1991 and July 1992.

AVIS AUX AVOCATS

Les avocats qui plaident devant la Cour sont priés de prendre note des modifications suivantes concernant l'audition des appels.

1. Heures des audiences

À compter de la session d'automne 1995, les audiences débiteront à **9 h 45** plutôt qu'à 10 h 15.

Lorsque deux appels doivent être entendus le même jour, les avocats dans les **deux** dossiers sont priés de se présenter au greffe, pièce 166, au plus tard à 9 h 15.

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. Si une partie à l'appel présente une requête qui doit être entendue à l'audience avant le commencement de l'appel, le temps accordé à cette partie pour la plaidoirie principale sera réduit d'autant, sauf ordonnance contraire.

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.

Le présent avis remplace les avis d'août 1991 et de juillet 1992.

ANNE ROLAND

REGISTRAR – REGISTRAIRE

August, 1995

Août 1995

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel are hereby notified of the following amendments to the *Rules of the Supreme Court of Canada*, registered as SOR/95-325 and SOR/95-326 and published in Part II of the Canada Gazette on July 26, 1995.

1. Time limits for filing an application for leave to cross-appeal

Rule 29(1) as been amended to give a respondent to a leave application **30 days** to apply for leave to cross-appeal.

2. Time limits for filing factums on appeals

The amendment to Rule 38(3)(a) reduces the time to serve and file an appellant's factum to **four months** from the filing of the notice of appeal, a decrease from the five months previously allowed under the rules.

New Rule 38(3)(c) increases the time to serve and file an intervener's factum from two to **four weeks** from the service of the respondent's factum, unless otherwise ordered under Rule 18. Counsel should note the consequential amendments to Rule 18(6).

The new time limits under Rule 38 will be applied to all cases where the notice of appeal is filed on or after July 26, 1995.

3. Abandoned appeals

If the appellant's factum is not served and filed within **six months** of the filing of the notice of appeal or granting of leave, the appeal may be dismissed as abandoned. Rule 45 allows the Registrar to apply to a judge to have the appeal dismissed as abandoned, unless the appellant obtains an extension of time within **30 days** after the service of the Registrar's notice.

Any inquiries about these amendments should be addressed to Claude E. Alain, Director of Legal Affairs at (613) 996-7684.

AVIS AUX AVOCATS

Les avocats sont avisés des modifications suivantes qui ont été apportées aux *Règles de la Cour suprême du Canada* dans DORS/95-325 et DORS/95-326, et publiées dans la partie II de la Gazette du Canada du 26 juillet 1995.

1. Délai pour déposer une demande d'autorisation d'appel incident

Le paragraphe 29(1) des *Règles* a été modifié de sorte que l'intimé à une demande d'autorisation peut, dans les **30 jours**, demander l'autorisation d'appel incident.

2. Délai pour déposer des mémoires relatifs à l'appel

En raison de la modification apportée à l'alinéa 38(3)a des *Règles*, l'appelant doit signifier et déposer son mémoire dans les **quatre mois** suivant la date de dépôt de l'avis d'appel, et non plus dans le délai de cinq mois auparavant fixé par les *Règles*.

Le nouvel alinéa 38(3)c des *Règles* accroît le délai imparti pour la signification et le dépôt par l'intervenant de son mémoire de deux à **quatre semaines** suivant la date de signification du mémoire de l'intimé, sauf ordonnance contraire en application de l'article 18. Les avocats sont priés de prendre note des modifications corrélatives apportées au paragraphe 18(6) des *Règles*.

Les nouveaux délais fixés à l'article 38 des *Règles* s'appliqueront dans tous les cas où l'avis d'appel est déposé à compter du 26 juillet 1995.

3. Appels abandonnés

Dans les cas où le mémoire de l'appelant n'est pas déposé et signifié dans les **six mois** qui suivent le dépôt de l'avis d'appel ou l'octroi de l'autorisation d'appel, l'appel peut être rejeté en tant qu'appel abandonné. L'article 45 des *Règles* permet au registraire de demander à un juge de rejeter l'appel en tant qu'appel abandonné à moins que l'appelant n'obtienne une extension de délai dans les **30 jours** suivant la signification de l'avis au registraire.

Toutes questions concernant ces modifications doivent être adressées à Claude E. Alain, directeur des Affaires juridiques, (613) 996-7684.

ANNE ROLAND

REGISTRAR - REGISTRAIRE

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
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1995.

CONTENTS

Miron v. Trudel..... 418

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Automobile insurance — Standard automobile policy prescribed by provincial legislation extending accident benefits to "spouse" of policy holder — Term "spouse" not including unmarried common law spouse — Whether limitation of benefits to married persons violates s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether violation justifiable under s. 1 of Charter — Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 218, ss. 231, 233, Schedule C.

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Appropriate remedy — Standard automobile insurance policy prescribed by provincial legislation extending accident benefits to "spouse" of policy holder — Term "spouse" not including unmarried common law spouse — Limitation of benefits to married persons violating s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Violation not justifiable under s. 1 of

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

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1995.

SOMMAIRE

Miron c. Trudel..... 418

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Assurance-automobile — Police automobile type établie sous le régime d'une loi provinciale qui étend au «conjoint» du souscripteur les indemnités d'assurance en cas d'accident — Le terme «conjoint» n'inclut pas les conjoints de fait — La restriction des indemnités aux seules personnes mariées viole-t-elle l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation peut-elle se justifier en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi sur les assurances, L.R.O. 1980, ch. 218, art. 231, 233, Annexe C.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Exécution — Réparation appropriée — Police automobile type établie sous le régime d'une loi provinciale qui étend au «conjoint» du souscripteur les indemnités d'assurance en cas d'accident — Le terme «conjoint» n'inclut pas les conjoints de fait — Restriction des indemnités aux seules personnes mariées en con-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Charter — Whether Court should retroactively "read in" more inclusive definition of "spouse" under s. 24 of Charter.

R. v. B. (A.J.) 413

Evidence — Recent fabrication — Prior consistent statements — Sexual offences — Accused alleging that complainant's testimony was of recent fabrication — Testimony of social worker and doctor admissible to rebut accused's allegation of recent fabrication — Social worker's report admitted into evidence not improperly used by trial judge — Accused properly convicted.

R. v. Keegstra 381

Criminal law — Appeals — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Court of Appeal setting aside accused's conviction and ordering new trial — Crown appealing to Supreme Court as of right on basis of dissent on question of law — Accused applying for leave to appeal to Supreme Court — Accused's application based on constitutional and non-constitutional grounds — Whether accused's application should be quashed for want of jurisdiction — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 693(1)(a) — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1).

Criminal law — Appeals — Supreme Court of Canada — Supreme Court's jurisdiction to hear arguments in criminal appeals — Difference for respondents between leave granted in criminal and in civil cases — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 674, 691, 693 — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40.

R. v. M. (N.) 415

Criminal law — Sexual assault — Evidence — Conviction wrongly based on preferring evidence of complainant over evidence of accused rather than on whether evidence established guilt beyond a reasonable doubt.

R. v. Montour 416

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention or imprisonment — Random stopping of accused's vehicle by police — Trial judge finding that random stopping of vehicle violated s. 9 of Canadian Charter of Rights and Freedoms and excluding evidence — Accused acquitted — Court of Appeal setting aside acquittals — Acquittals restored.

R. v. S. (G.) 411

Criminal law — Charge to jury — Trial judge in error in commenting to jury on failure of accused to call a witness — No substantial wrong or miscarriage of justice.

R. v. Tanner 379

Criminal law — Trial — Evidence — Use to which evidence to be put — Propriety of certain questions on cross-examina-

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

travention de l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Violation non justifiable au regard de l'article premier de la Charte — La Cour devrait-elle, par «interprétation large» rétroactive donner une définition plus étendue au «conjoint», en vertu de l'art. 24 de la Charte?

R. c. B. (A.J.) 413

Preuve — Fabrication récente — Déclarations compatibles antérieures — Infractions d'ordre sexuel — Allégation de l'accusé voulant que le témoignage de la plaignante fût de fabrication récente — Témoignage du travailleur social et du médecin admissible pour réfuter l'allégation de fabrication récente de l'accusé — Juge du procès n'ayant pas mal utilisé le rapport du travailleur social admis en preuve — Accusé déclaré coupable à bon droit.

R. c. Keegstra 381

Droit criminel — Appels — Cour suprême du Canada — Compétence — Annulation par la Cour d'appel de la déclaration de culpabilité de l'accusé et nouveau procès ordonné — Pourvoi de plein droit du ministère public devant la Cour suprême fondé sur une dissidence relative à une question de droit — Demande de l'accusé visant à obtenir l'autorisation de se pourvoir devant la Cour suprême — Demande de l'accusé fondée sur des moyens constitutionnels et non constitutionnels — La demande de l'accusé devrait-elle être annulée pour défaut de compétence? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 693(1)a) — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1).

Droit criminel — Appels — Cour suprême du Canada — Compétence de la Cour suprême pour entendre des arguments dans les pourvois en matière criminelle — Différence pour les parties intimées entre l'autorisation accordée en matière criminelle et celle accordée en matière civile — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 674, 691, 693 — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40.

R. c. M. (N.) 415

Droit criminel — Agression sexuelle — Preuve — Déclaration de culpabilité fondée à tort sur la préférence de la preuve de la plaignante à celle de l'accusé, plutôt que sur la question de savoir si la preuve établissait la culpabilité hors de tout doute raisonnable.

R. c. Montour 416

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention ou emprisonnement arbitraire — Interception au hasard du véhicule des accusés par la police — Conclusion par le juge du procès que l'interception au hasard du véhicule violait l'art. 9 de la Charte canadienne des droits et libertés et exclusion de la preuve — Accusés acquittés — Rejet des acquittements par la Cour d'appel — Acquittements rétablis.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

tion and related comments in address to jury — Adequacy of charge to jury.

Walker v. Prince Edward Island..... 407

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Provincial legislation providing that no person can practise as a public accountant in province unless that person is a member of provincial institute of chartered accountants — Whether legislation infringes s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Public Accounting and Auditing Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-28, s. 14(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Right to gain livelihood in any province — Provincial legislation providing that no person can practise as a public accountant in province unless that person is a member of provincial institute of chartered accountants — Whether legislation infringes s. 6(2)(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Public Accounting and Auditing Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-28, s. 14(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security of the person — Provincial legislation providing that no person can practise as a public accountant in province unless that person is a member of provincial institute of chartered accountants — Whether legislation infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Public Accounting and Auditing Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-28, s. 14(1).

SOMMAIRE (Fin)

R. c. S. (G.)..... 411

Droit criminel — Exposé au jury — Erreur commise par le juge du procès lorsqu'il a fait des remarques au jury sur le fait que l'accusé n'a pas assigné un certain témoin — Aucun tort important ni erreur judiciaire grave.

R. c. Tanner..... 379

Droit criminel — Procès — Preuve — Utilisation devant être faite d'éléments de preuve — Opportunité de certaines questions posées en contre-interrogatoire et d'observations connexes dans l'exposé au jury — Justesse des directives au jury.

Walker c. Île-du-Prince-Édouard..... 407

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Disposition législative provinciale prévoyant que nul ne peut exercer la profession d'expert-comptable dans la province à moins d'être membre de l'institut provincial des comptables agréés — Cette disposition porte-t-elle atteinte à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Public Accounting and Auditing Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-28, art. 14(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Droit de gagner sa vie dans toute province — Disposition législative provinciale prévoyant que nul ne peut exercer la profession d'expert-comptable dans la province à moins d'être membre de l'institut provincial des comptables agréés — Cette disposition porte-t-elle atteinte à l'art. 6(2)b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Public Accounting and Auditing Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-28, art. 14(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité de la personne — Disposition législative provinciale prévoyant que nul ne peut exercer la profession d'expert-comptable dans la province à moins d'être membre de l'institut provincial des comptables agréés — Cette disposition porte-t-elle atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Public Accounting and Auditing Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-28, art. 14(1).

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Steven Joseph Tanner *Respondent*

INDEXED AS: R. v. TANNER

File No.: 24262.

1995: April 26; 1995: May 18.

Present: L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — Evidence — Use to which evidence to be put — Propriety of certain questions on cross-examination and related comments in address to jury — Adequacy of charge to jury.

The Crown appealed from a Court of Appeal judgment which overturned respondent's conviction for second degree murder and ordered a new trial. One issue touched upon the use of evidence of the respondent's attack on a third party and of the theft of a bicycle. Another issue arose as to the propriety of certain questions put by the Crown in cross-examination and related comments in the address to the jury.

Held: The appeal should be allowed.

For the reasons of Labrosse J.A., dissenting at the Court of Appeal, this appeal should be allowed. In respect of both matters in issue in this appeal, the trial judge's charge was thorough and adequately explained the limited use to which the evidence in question could be put.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 19 O.R. (3d) 259, 92 C.C.C. (3d) 68, 74 O.A.C. 46, allowing an appeal from conviction by Van Camp J. sitting with jury. Appeal allowed.

Gary T. Trotter, for the appellant.

Anil K. Kapoor, for the respondent.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Steven Joseph Tanner *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. TANNER

N° du greffe: 24262.

1995: 26 avril; 1995: 18 mai.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Major.

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

Droit criminel — Procès — Preuve — Utilisation devant être faite d'éléments de preuve — Opportunité de certaines questions posées en contre-interrogatoire et d'observations connexes dans l'exposé au jury — Justesse des directives au jury.

Le ministère public se pourvoit contre un arrêt de la Cour d'appel qui a infirmé la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l'intimé, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Une question porte sur l'utilisation de la preuve du vol d'une bicyclette et de l'attaque de l'intimé contre un tiers. Une autre question est soulevée quant à l'opportunité de certaines questions posées en contre-interrogatoire par le ministère public et d'observations connexes dans l'exposé au jury.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Il y a lieu d'accueillir le pourvoi pour les motifs exposés par le juge Labrosse, dissident en Cour d'appel. À l'égard des deux questions en litige dans le présent pourvoi, les directives du juge au jury étaient complètes et expliquaient adéquatement l'usage limité qui pouvait être fait de la preuve.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 19 O.R. (3d) 259, 92 C.C.C. (3d) 68, 74 O.A.C. 46, qui a accueilli l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Van Camp siégeant avec jury. Pourvoi accueilli.

Gary T. Trotter, pour l'appelante.

Anil K. Kapoor, pour l'intimé.

The following is the judgment delivered by

Version française du jugement rendu par

1 THE COURT — The respondent, Steven Joseph Tanner, was convicted at trial of the second degree murder of Dan Watters. This verdict was subsequently overturned by a majority of the Ontario Court of Appeal (Labrosse J.A. dissenting) and a new trial was ordered: (1994), 19 O.R. (3d) 259. It is from this decision that the Crown appeals to this Court as of right.

LA COUR — L'intimé, Steven Joseph Tanner, fut reconnu coupable, à son procès, du meurtre au deuxième degré de Dan Watters. Ce verdict fut subséquemment infirmé par la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité (le juge Labrosse étant dissident), qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1994), 19 O.R. (3d) 259. C'est de cette décision que le ministère public en appelle de plein droit devant notre Cour.

2 In our view, the Crown's appeal should be allowed for the dissenting reasons of Labrosse J.A. at the Court of Appeal but we would add the following. With respect to evidence of the attack on McCurdy and the theft of a bicycle, this evidence was admitted for the limited purpose of tending to show the respondent's state of mind at the time that he killed Watters. It was not admitted nor used as evidence of flight tending to show consciousness of guilt. The question put in cross-examination and followed up in the address to the jury by Crown counsel, while improper, must be assessed in light of the trial judge's charge to the jury. In respect of both matters in issue in this appeal, the trial judge's charge was thorough, and adequately explained the limited use to which the evidence could be put. There was no objection to the charge in either respect. In view of the foregoing, no error of law occurred and we agree with Labrosse J.A. that the respondent's appeal to the Court of Appeal ought to have been dismissed.

À notre avis, il y a lieu d'accueillir le pourvoi du ministère public pour les motifs du juge Labrosse, dissident en cour d'appel. Cependant, nous ajouterions ce qui suit. En ce qui concerne la preuve de l'attaque contre McCurdy et du vol d'une bicyclette, cette preuve a été admise dans le but limité de tenter de démontrer l'état d'esprit dans lequel se trouvait l'intimé au moment où il a tué Watters. Elle n'a été ni admise ni utilisée comme preuve d'une fuite qui aurait pu indiquer un sentiment de culpabilité. La question posée en contre-interrogatoire et reprise dans l'exposé au jury par le substitut du procureur général, bien qu'inappropriée, doit être examinée à la lumière des directives que le juge du procès a données au jury. À l'égard des deux questions en litige dans le présent pourvoi, les directives du juge au jury étaient complètes et expliquaient adéquatement l'usage limité qui pouvait être fait de la preuve. Il n'y a eu aucune opposition à ces directives sur ces deux points. Compte tenu de ce qui précède, aucune erreur de droit n'a été commise et nous sommes d'accord avec le juge Labrosse pour dire que l'appel de l'intimé devant la Cour d'appel aurait dû être rejeté.

3 Accordingly, this appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the conviction of the respondent is restored.

En conséquence, l'appel est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est annulé et la déclaration de culpabilité de l'intimé, rétablie.

Appeal allowed.

Pourvoi accueilli.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Solicitor for the respondent: Anil K. Kapoor, Toronto.

Procureur de l'intimé: Anil K. Kapoor, Toronto.

Her Majesty The Queen *Applicant*

v.

James Keegstra *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KEEGSTRA

File No.: 24296.

1995: February 6; 1995: May 18.

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

MOTION TO QUASH AN APPLICATION FOR LEAVE TO APPEAL

APPLICATION FOR LEAVE TO APPEAL

Criminal law — Appeals — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Court of Appeal setting aside accused's conviction and ordering new trial — Crown appealing to Supreme Court as of right on basis of dissent on question of law — Accused applying for leave to appeal to Supreme Court — Accused's application based on constitutional and non-constitutional grounds — Whether accused's application should be quashed for want of jurisdiction — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 693(1)(a) — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1).

Criminal law — Appeals — Supreme Court of Canada — Supreme Court's jurisdiction to hear arguments in criminal appeals — Difference for respondents between leave granted in criminal and in civil cases — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 674, 691, 693 — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40.

K was found guilty of wilful promotion of hatred against an identifiable group contrary to s. 319(2) of the *Criminal Code*. The majority of the Court of Appeal allowed his appeal on the ground that the trial judge had erred in law in his response to questions from the jury and ordered a new trial. Based on the dissent, the Crown appealed to this Court as of right under s. 693(1)(a) of the *Code*. K, although his conviction was quashed by the Court of Appeal, filed an application for leave to appeal. His application contains three grounds, one of

Sa Majesté la Reine *Requérante*

c.

James Keegstra *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. KEEGSTRA

N° du greffe: 24296.

1995: 6 février; 1995: 18 mai.

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

REQUÊTE EN ANNULATION D'UNE DEMANDE D'AUTORISATION DE POURVOI

DEMANDE D'AUTORISATION DE POURVOI

Droit criminel — Appels — Cour suprême du Canada — Compétence — Annulation par la Cour d'appel de la déclaration de culpabilité de l'accusé et nouveau procès ordonné — Pourvoi de plein droit du ministère public devant la Cour suprême fondé sur une dissidence relative à une question de droit — Demande de l'accusé visant à obtenir l'autorisation de se pourvoir devant la Cour suprême — Demande de l'accusé fondée sur des moyens constitutionnels et non constitutionnels — La demande de l'accusé devrait-elle être annulée pour défaut de compétence? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 693(1)a) — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1).

Droit criminel — Appels — Cour suprême du Canada — Compétence de la Cour suprême pour entendre des arguments dans les pourvois en matière criminelle — Différence pour les parties intimées entre l'autorisation accordée en matière criminelle et celle accordée en matière civile — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 674, 691, 693 — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40.

K a été reconnu coupable d'avoir volontairement fomenté la haine contre un groupe identifiable, contrairement au par. 319(2) du *Code criminel*. La Cour d'appel à la majorité a accueilli son appel pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur de droit dans sa réponse aux questions du jury, et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le ministère public se fonde sur la dissidence exprimée pour se pourvoir de plein droit devant notre Cour en vertu de l'al. 693(1)a) du *Code*. Bien que sa déclaration de culpabilité ait été annulée par

which raises a constitutional issue. These grounds were all raised by K in the Court of Appeal. The Crown filed a motion to quash K's application on the basis that this Court lacks the jurisdiction to hear the appeal on the issues raised. K filed a motion to amend his leave application to add another ground. This additional ground raises a constitutional issue.

Held: The Crown's motion to quash K's application for leave to appeal should be dismissed. K's application for leave to appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: When the constitutionality of a law is challenged in the context of criminal proceedings, the determinations of culpability and constitutionality are two distinct rulings. Under the dual proceedings approach developed in *Laba*, this Court has the jurisdiction to hear applications for leave to appeal under s. 40 of the *Supreme Court Act* on any ground questioning the constitutionality of a *Criminal Code* provision. The limitation imposed by s. 674 of the *Code*, and mirrored in s. 40(3) of the *Supreme Court Act*, is not aimed at rulings on constitutionality. Either party may seek leave to appeal rulings on constitutionality, regardless of whether the ruling on culpability is appealed. When a constitutional issue is put before this Court through any of the appeals provided for in the *Code*, there is no need to seek leave under s. 40.

As a general rule, a respondent is entitled in criminal appeals to this Court under s. 691 or s. 693 of the *Code* to raise any argument which supports the order of the court below. There is only one restriction: if the respondent makes a new argument, the Court may exercise its discretion not to hear it if there is not a sufficient evidentiary record to support the argument. This discretion, however, is not related to the Court's jurisdiction. Rule 29 of the *Rules of the Supreme Court of Canada* does not provide a respondent with an independent avenue of cross-appeal. Finally, leave granted under the *Criminal Code* provisions differs from leave granted under s. 40 of the *Supreme Court Act* in civil matters. As a matter of policy, when restricted leave is granted in civil cases,

la Cour d'appel, K a déposé une demande d'autorisation de pourvoi. Sa demande comporte trois moyens dont l'un soulève une question constitutionnelle. K a fait valoir tous ces moyens devant la Cour d'appel. Le ministère public a déposé une requête en annulation de la demande de K pour le motif que notre Cour n'a pas compétence pour entendre le pourvoi sur les questions soulevées. K a déposé une requête en modification de sa demande d'autorisation pour y ajouter un autre moyen. Ce moyen supplémentaire soulève une question constitutionnelle.

Arrêt: La requête du ministère public visant l'annulation de la demande d'autorisation de pourvoi de K est rejetée. La demande d'autorisation de pourvoi de K est rejetée.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Lorsque la constitutionnalité d'une règle de droit est contestée dans le cadre de procédures criminelles, les décisions relatives à la culpabilité et à la constitutionnalité sont distinctes. Sous le régime de la méthode des doubles procédures conçue dans l'arrêt *Laba*, notre Cour est compétente pour entendre les demandes d'autorisation de pourvoi fondées sur l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, relativement à tout moyen mettant en cause la constitutionnalité d'une disposition du *Code criminel*. La restriction imposée par l'art. 674 du *Code*, et reflétée dans le par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, ne vise pas les décisions sur la constitutionnalité. L'une ou l'autre partie peut demander l'autorisation de se pourvoir contre les décisions sur la constitutionnalité, peu importe que la décision relative à la culpabilité fasse l'objet d'un appel. Lorsque notre Cour est saisie d'une question constitutionnelle dans le cadre de l'un ou l'autre des appels prévus par le *Code*, il n'est pas nécessaire de demander une autorisation en vertu de l'art. 40.

En règle générale, une partie intimée peut avancer tout argument appuyant l'ordonnance de la cour d'appel, dans le cadre d'un pourvoi en matière criminelle formé devant notre Cour en vertu des art. 691 ou 693 du *Code*. Il y a une seule restriction: si la partie intimée avance un nouvel argument, notre Cour peut exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas l'entendre s'il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve au dossier pour l'appuyer. Ce pouvoir discrétionnaire n'est cependant pas lié à la compétence de la Cour. L'article 29 des *Règles de la Cour suprême du Canada* ne prescrit aucune voie d'appel indépendante pour une partie intimée. Enfin, l'autorisation accordée en vertu des dispositions du *Code criminel* diffère de celle accordée en vertu de l'art.

the respondent will normally be limited to arguing those issues set out by the Court in its order granting leave.

The Crown's motion to quash K's application for leave to appeal is dismissed. K need not seek leave to argue the two non-constitutional grounds contained in his original application for leave since they support the order for a new trial granted by the Court of Appeal. Both grounds were raised before that court, so there is an appropriate evidentiary basis for his arguments here. With respect to the constitutional ground, however, K's challenge to the constitutionality of ss. 319(2) and 319(3) of the *Code* based on ss. 2(b), 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not appear to be supportive of the order below as success on this ground would likely preclude a new trial. Pursuant to the dual proceedings approach, K must thus seek leave to appeal under s. 40 of the *Supreme Court Act* to raise this ground. With respect to the additional constitutional ground, which challenges the constitutionality of s. 319(3)(a) based on s. 11(d) of the *Charter*, K need not seek leave since success on this ground would support the order below. The broadest possible remedy which could result from this challenge would be to strike out the words "he establishes" from s. 319(3)(a). K's original application for leave to appeal, reduced to a single constitutional ground, is denied.

Per L'Heureux-Dubé J.: Subject to the following reservation, Lamer C.J.'s reasons were agreed with. It is not necessary on the facts of these proceedings to determine whether it is appropriate to draw a distinction between the scope of the arguments that respondents can raise in criminal and in civil appeals. Accordingly, the resolution of this issue is left to another day.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965; **distinguished:** *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; **referred to:** *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *R. v. Barnes*, [1991] 1

40 de la *Loi sur la Cour suprême* en matière civile. En principe, lorsqu'une autorisation restreinte est accordée dans une affaire civile, l'intimé ne pourra normalement débattre que les questions énoncées par la Cour dans son ordonnance accordant l'autorisation.

La requête du ministère public visant l'annulation de la demande d'autorisation de pourvoi de K est rejetée. K n'a pas besoin d'autorisation pour débattre les deux moyens non constitutionnels contenus dans sa demande d'autorisation initiale puisqu'ils appuient l'ordonnance de nouveau procès rendue par la Cour d'appel. Ces deux moyens ont été soulevés en appel, de sorte qu'il existe une preuve suffisante pour les avancer devant nous. Toutefois, en ce qui concerne le moyen constitutionnel, la contestation par K de la constitutionnalité des par. 319(2) et 319(3) du *Code*, fondée sur l'al. 2b) et les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ne paraît pas appuyer l'ordonnance de la Cour d'appel puisque, s'il obtenait gain de cause à cet égard, la possibilité de tenir un nouveau procès serait vraisemblablement exclue. Conformément à la méthode des doubles procédures, K doit donc, pour soulever ce moyen, demander l'autorisation de se pourvoir en application de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*. En ce qui concerne l'autre moyen constitutionnel, qui vise à contester la constitutionnalité de l'al. 319(3)a) pour le motif qu'il contrevient à l'al. 11d) de la *Charte*, K n'a pas à demander une autorisation puisqu'un gain de cause à cet égard appuierait l'ordonnance de la Cour d'appel. La réparation la plus large possible qui pourrait résulter de cette contestation consisterait à radier les mots «il établit» de l'al. 319(3)a). La demande initiale d'autorisation de pourvoi de K, réduite à un seul moyen constitutionnel, est rejetée.

Le juge L'Heureux-Dubé: Sous réserve de ce qui suit, les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés. Il n'est pas nécessaire, d'après les faits du présent dossier, de déterminer s'il convient de distinguer les arguments qu'une partie intimée peut avancer dans des pourvois en matière criminelle, de ceux qu'elle peut débattre en matière civile. Par conséquent, la résolution de cette question est reportée à un autre jour.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965; **distinction d'avec l'arrêt:** *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; **arrêts mentionnés:** *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R.*

S.C.R. 449; *Guillemette v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 356; *Meddoui v. The Queen*, [1991] 3 S.C.R. ix; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277.

Statutes and Regulations Cited

Canada Post Corporation Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 54 [now R.S.C., 1985, c. C-10].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7, 11(d), 15.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 319(2), (3), 674, 686(1)(b)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], 691 [am. c. 34 (3rd Supp.), s. 10; am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 9)], 693 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 146; am. c. 34 (3rd Supp.), s. 12].
Customs Tariff, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.).
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52 [now R.S.C., 1985, c. I-2].
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 37], (3).
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 29 [rep. & sub. SOR/93-488, s. 2].

MOTION by the Crown to quash the accused's application for leave to appeal from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1994), 23 Alta. L.R. (3d) 4, 157 A.R. 1, 77 W.A.C. 1, 92 C.C.C. (3d) 505, allowing the accused's appeal from his conviction for wilful promotion of hatred and ordering a new trial. Motion to quash dismissed. APPLICATION for leave to appeal dismissed.

Jack Watson, Q.C., for the Crown.

Douglas H. Christie, for James Keegstra.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

LAMER C.J. —

I. Introduction

¹ These proceedings arise subsequent to the Crown filing a notice of appeal to this Court. Following that notice, Keegstra filed an application for leave on separate grounds. The Crown now

c. Barnes, [1991] 1 R.C.S. 449; *Guillemette c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 356; *Meddoui c. La Reine*, [1991] 3 R.C.S. ix; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7, 11d), 15.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 319(2), (3), 674, 686(1)(b)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], 691 [mod. ch. 34 (3^e suppl.), art. 10; mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 9)], 693 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 146; mod. ch. 34 (3^e suppl.), art. 12].
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52 [maintenant L.R.C. (1985), ch. I-2].
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 37], (3).
Loi sur la Société canadienne des postes, S.C. 1980-81-82-83, ch. 54 [maintenant L.R.C. (1985), ch. C-10].
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 29 [abr. & rempl. DORS/93-488, art. 2].
Tarif des douanes, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.).

REQUÊTE du ministère public visant l'annulation de la demande d'autorisation de pourvoi de l'accusé contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1994), 23 Alta. L.R. (3d) 4, 157 A.R. 1, 77 W.A.C. 1, 92 C.C.C. (3d) 505, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à une accusation d'avoir volontairement fomenté la haine, et qui a ordonné un nouveau procès. Requête en annulation rejetée. DEMANDE d'autorisation de pourvoi rejetée.

Jack Watson, c.r., pour le ministère public.

Douglas H. Christie, pour James Keegstra.

Version française du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER —

I. Introduction

Les présentes procédures font suite au dépôt par le ministère public d'un avis de pourvoi devant notre Cour. À la suite de cet avis, Keegstra a déposé une demande d'autorisation fondée sur des

moves to quash Keegstra's application for leave to appeal on the ground that this Court lacks the jurisdiction to hear the appeal on the issues raised. Keegstra's motion to amend his leave application was also heard at this time, as was argument on the merits of the leave application. I will address both of these motions, as well as the application for leave in these reasons. In addition, the Crown has objected to Keegstra's filing of a document entitled "The Hate Crimes Law in Canada", which I will also address. For the sake of clarity, given the procedural complexity of the issues, I will refer to the parties as the "Crown" and "Keegstra".

The most important issue raised by these parties is the question of this Court's jurisdiction to hear argument in criminal appeals. Two categories of question of law are raised by Keegstra in his application for leave to appeal: (i) whether certain *Criminal Code* provisions are constitutional; and, (ii) whether the Court of Appeal made an error in law which does not raise a constitutional question. I will endeavour to clarify the principles which govern each of these categories below, and then apply them to this case.

II. Factual Background

In 1982, Keegstra was dismissed from his position as a high school teacher in Alberta for giving anti-Semitic lectures. His appeal of this dismissal was dismissed by a Board of Reference in 1983: 45 A.R. 348. In 1984, Keegstra was charged with unlawfully promoting hatred against an identifiable group under s. 281.2(2) (now s. 319(2)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The Crown proceeded by indictment in prosecuting this hybrid offence. Prior to his first trial, Keegstra challenged the validity of the section under ss. 2(b) and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This application was dismissed: (1984),

moyens distincts. Le ministère public demande maintenant l'annulation de la demande d'autorisation de pourvoi de Keegstra pour le motif que notre Cour n'a pas compétence pour entendre le pourvoi sur les questions soulevées. La requête de Keegstra visant à modifier sa demande d'autorisation a également été entendue au même moment, de même que l'argumentation sur le bien-fondé de la demande d'autorisation. Dans les présents motifs, je vais examiner ces requêtes ainsi que la demande d'autorisation. De plus, le ministère public s'est opposé à ce que Keegstra dépose un document intitulé «The Hate Crimes Law in Canada», et je vais également examiner cette question. Pour plus de clarté et vu la complexité des questions sur le plan procédural, je désignerai les parties sous les noms de «ministère public» et «Keegstra» respectivement.

La question la plus importante soulevée par les parties porte sur la compétence de notre Cour pour entendre les arguments dans les pourvois en matière criminelle. Dans sa demande d'autorisation de pourvoi, Keegstra soulève deux catégories de questions de droit, à savoir (i) si certaines dispositions du *Code criminel* sont constitutionnelles, et (ii) si la Cour d'appel a commis une erreur de droit qui ne soulève aucune question constitutionnelle. Je vais tenter, ci-après, de clarifier les principes qui régissent chacune de ces catégories, pour ensuite les appliquer à l'affaire qui nous occupe.

II. Les faits

En 1982, Keegstra a été démis de ses fonctions d'enseignant dans une école secondaire de l'Alberta pour avoir donné des cours antisémites. L'appel qu'il a interjeté à l'encontre de son renvoi a été rejeté par un conseil d'arbitrage en 1983: 45 A.R. 348. En 1984, Keegstra a été accusé d'avoir fomenté la haine contre un groupe identifiable, contrairement au par. 281.2(2) (maintenant le par. 319(2)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Le ministère public a procédé par voie de mise en accusation à l'égard de cette infraction hybride. Avant que son premier procès ne commence, Keegstra a contesté sans succès la validité de la disposition en vertu des al. 2b) et 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*: (1984), 87 A.R.

2

3

87 A.R. 200. He was tried and convicted by a jury, and sentenced to a \$5,000 fine.

200. Il a été jugé et déclaré coupable par un jury et condamné à payer une amende de 5 000 \$.

4 Keegstra raised the same *Charter* issues on appeal and was successful: (1988), 87 A.R. 177. The Crown appealed to this Court, which reversed the Court of Appeal on the constitutional questions by holding that the impugned provisions infringed ss. 2(b) and 11(d) of the *Charter* but constituted a reasonable limit, justifiable under s. 1: [1990] 3 S.C.R. 697. We remitted the case back to the Court of Appeal for determinations on other issues. The Court of Appeal quashed the conviction and ordered a new trial on the basis that the trial judge erred in not allowing Keegstra to challenge potential jurors for cause on account of significant pre-trial publicity: (1991), 114 A.R. 288.

En appel, Keegstra a soulevé les mêmes questions relatives à la *Charte* et a obtenu gain de cause: (1988), 87 A.R. 177. Le ministère public a formé un pourvoi devant notre Cour, laquelle a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel relativement aux questions constitutionnelles en concluant que les dispositions contestées contrevenaient aux al. 2b) et 11d) de la *Charte*, mais constituaient une limite raisonnable justifiable en vertu de l'article premier: [1990] 3 R.C.S. 697. Nous avons renvoyé l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle se prononce sur d'autres questions. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur en ne permettant pas à Keegstra de récuser des jurés éventuels en raison de l'immense publicité qui avait précédé le procès: (1991), 114 A.R. 288.

5 The retrial began in March 1992 and lasted four months. Twenty witnesses were called, of whom 17 were former students. Only two of these students had their memories sufficiently refreshed from their class notes to give independent evidence. The evidence of the other students was admitted under the past recollection recorded rule. Keegstra was again found guilty and was sentenced to a \$3,000 fine.

Le second procès, qui s'est ouvert en mars 1992, a duré quatre mois. Des vingt témoins appelés, 17 étaient d'anciens étudiants. Seuls deux d'entre eux ont pu, grâce à leurs notes de cours, se rafraîchir la mémoire suffisamment pour faire un témoignage indépendant. Le témoignage des autres étudiants a été admis en preuve en vertu de la règle des souvenirs transcrits. Keegstra a de nouveau été déclaré coupable et condamné à payer une amende de 3 000 \$.

6 Keegstra appealed to the Court of Appeal which allowed his appeal on the ground that the trial judge had erred in law in his response to questions from the jury and ordered a new trial: (1994), 157 A.R. 1. Foisy J.A. dissented on the ground that the trial judge's conduct in response to questions from the jury did not amount to a reversible error of law.

Celui-ci a interjeté appel devant la Cour d'appel qui lui a donné gain de cause pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur de droit dans sa réponse aux questions du jury, et a ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1994), 157 A.R. 1. Le juge Foisy, dissident, s'est dit d'avis que le comportement adopté par le juge du procès en réponse aux questions du jury ne constituait pas une erreur de droit justifiant l'annulation.

7 Based on this dissent, the Crown appeals to this Court as of right under s. 693(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Keegstra, although his conviction was quashed by the Court of Appeal, filed an application for leave to appeal to

Le ministère public se fonde sur cette dissidence pour se pourvoir de plein droit devant notre Cour en vertu de l'al. 693(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Bien que sa déclaration de culpabilité ait été annulée par la Cour d'appel, Keegstra

this Court on October 31, 1994. He seeks leave to appeal on the following grounds:

1. Do ss. 319(2) and 319(3) of the *Criminal Code* infringe ss. 2(b), 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, are they justified under s. 1 given developments in the law since this case was last before this Court?
2. Did the learned trial judge err in his definition of public interest and public benefit and did the Court of Appeal err in not finding a new trial warranted for the lack of clarity in this definition?
3. Did the Court of Appeal misapply the principles of *R. v. Stinchcombe* to the circumstances of this case?

All of these grounds were raised by Keegstra in the Alberta Court of Appeal.

The Crown responded to Keegstra's application for leave by filing a motion to quash the application on November 23, 1994. Keegstra filed a reply to this motion on January 11, 1995, as well as a motion to amend his application for leave to appeal by adding:

4. Does s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* infringe s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

These two motions, as well as the application for leave, were heard by this Court on February 6, 1995, and judgment was reserved.

III. Relevant Statutory Provisions

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46

319. . . .

(2) Every one who, by communicating statements, other than in private conversation, wilfully promotes hatred against any identifiable group is guilty of

a déposé une demande d'autorisation de pourvoi devant notre Cour le 31 octobre 1994. À l'appui de sa demande, il invoque les moyens suivants:

1. Les paragraphes 319(2) et 319(3) du *Code criminel* contreviennent-ils à l'al. 2b) et aux art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, sont-ils justifiés en vertu de l'article premier, compte tenu de l'évolution du droit depuis que la présente affaire a été soumise à notre Cour pour la dernière fois?
2. Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans sa définition de l'intérêt public et de l'intérêt du public, et la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ne considérant pas justifiée la tenue d'un nouveau procès en raison du manque de clarté de cette définition?
3. La Cour d'appel a-t-elle mal appliqué les principes de l'arrêt *R. c. Stinchcombe* aux circonstances de la présente affaire?

Keegstra a fait valoir tous ces moyens devant la Cour d'appel de l'Alberta.

Le ministère public a réagi à la demande d'autorisation de Keegstra en déposant, le 23 novembre 1994, une requête en vue de l'annuler. Le 11 janvier 1995, Keegstra a déposé une réplique à cette requête de même qu'une requête en modification de sa demande d'autorisation de pourvoi en ajoutant:

4. L'alinéa 319(3)a) du *Code criminel* contrevient-il à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Notre Cour a entendu ces deux requêtes et la demande d'autorisation le 6 février 1995, et a mis sa décision en délibéré.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

319. . . .

(2) Quiconque, par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée, foment volontairement la haine contre un groupe identifiable est coupable:

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or

(b) an offence punishable on summary conviction.

(3) No person shall be convicted of an offence under subsection (2)

(a) if he establishes that the statements communicated were true;

(b) if, in good faith, he expressed or attempted to establish by argument an opinion on a religious subject;

(c) if the statements were relevant to any subject of public interest, the discussion of which was for the public benefit, and if on reasonable grounds he believed them to be true; or

(d) if, in good faith, he intended to point out, for the purpose of removal, matters producing or tending to produce feelings of hatred toward an identifiable group in Canada.

674. No proceedings other than those authorized by this Part and Part XXVI shall be taken by way of appeal in proceedings in respect of indictable offences.

691. (1) A person who is convicted of an indictable offence and whose conviction is affirmed by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents; or

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

(2) A person

(a) who is acquitted of an indictable offence other than by reason of a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder and whose acquittal is set aside by the court of appeal, or

(b) who is tried jointly with a person referred to in paragraph (a) and is convicted and whose conviction is sustained by the court of appeal,

may appeal to the Supreme Court of Canada on a question of law.

693. (1) Where a judgment of a court of appeal sets aside a conviction pursuant to an appeal taken under section 675 or dismisses an appeal taken pursuant to paragraph 676(1)(a), (b) or (c) or subsection 676(3)

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe (2) dans les cas suivants:

a) il établit que les déclarations communiquées étaient vraies;

b) il a, de bonne foi, exprimé une opinion sur un sujet religieux ou tenté d'en établir le bien-fondé par discussion;

c) les déclarations se rapportaient à une question d'intérêt public dont l'examen était fait dans l'intérêt du public et, pour des motifs raisonnables, il les croyait vraies;

d) de bonne foi, il voulait attirer l'attention, afin qu'il y soit remédié, sur des questions provoquant ou de nature à provoquer des sentiments de haine à l'égard d'un groupe identifiable au Canada.

674. Nulle procédure autre que celles qui sont autorisées par la présente partie et la partie XXVI ne peut être intentée par voie d'appel dans des procédures concernant des actes criminels.

691. (1) La personne déclarée coupable d'un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la cour d'appel peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada:

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident;

b) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada.

(2) Une personne qui, selon le cas:

a) est acquittée de l'accusation d'un acte criminel — sauf dans le cas d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux — et dont l'acquittement est annulé par la cour d'appel,

b) est jugée conjointement avec une personne mentionnée à l'alinéa a) et est déclarée coupable et dont la condamnation est maintenue par la cour d'appel,

peut interjeter appel devant la Cour suprême du Canada sur une question de droit.

693. (1) Lorsqu'un jugement d'une cour d'appel annule une déclaration de culpabilité par suite d'un appel interjeté aux termes de l'article 675 ou rejette un appel interjeté aux termes de l'alinéa 676(1)a), b) ou c)

[appeals to courts of appeal], the Attorney General may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents; or

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

(2) Where leave to appeal is granted under paragraph (1)(b), the Supreme Court of Canada may impose such terms as it sees fit.

Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26

40. (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the Federal Court of Appeal or of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in that question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from that judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

. . .

(3) No appeal to the Court lies under this section from the judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence or, except in respect of a question of law or jurisdiction, of an offence other than an indictable offence.

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74

29. (1) A respondent who seeks to set aside or vary the whole or any part of the disposition of the judgment appealed from shall apply for leave to cross-appeal . . .

. . .

(3) A respondent who seeks to uphold the judgment on a ground or grounds not raised in the reasons for the judgment appealed from may do so in the respondent's factum without applying for leave to cross-appeal, and

ou du paragraphe 676(3), [appels devant une cour d'appel], le procureur général peut interjeter appel devant la Cour suprême du Canada:

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident;

b) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada.

(2) Lorsque l'autorisation d'appel est accordée aux termes de l'alinéa (1)b), la Cour suprême du Canada peut imposer les conditions qu'elle estime appropriées.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26

40. (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel devant la Cour de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la Cour d'appel fédérale ou par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l'affaire en question, ou par l'un des juges de ces juridictions inférieures, que l'autorisation d'en appeler à la Cour ait ou non été refusée par une autre juridiction, lorsque la Cour estime, compte tenu de l'importance de l'affaire pour le public, ou de l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou de sa nature ou importance à tout égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde en conséquence l'autorisation d'en appeler.

. . .

(3) Le présent article ne permet pas d'en appeler devant la Cour d'un jugement prononçant un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou annulant ou confirmant l'une ou l'autre de ces décisions dans le cas d'un acte criminel ou, sauf s'il s'agit d'une question de droit ou de compétence, d'une infraction autre qu'un acte criminel.

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74

29. (1) L'intimé qui cherche à faire infirmer ou modifier en tout ou en partie le dispositif du jugement du tribunal de juridiction inférieure doit déposer une demande d'autorisation d'appel incident . . .

. . .

(3) L'intimé qui cherche à faire confirmer le jugement du tribunal de juridiction inférieure pour des motifs différents de ceux invoqués dans ce jugement peut, sans déposer de demande d'autorisation d'appel

the appellant may serve and file a factum in reply in accordance with Rule 41.

IV. The Motion to Quash Keegstra's Application for Leave to Appeal

10

This motion raises the question of this Court's jurisdiction to hear arguments from a respondent in an appeal in respect of an indictable offence. In other words, what grounds is a respondent permitted to argue in this Court. Appeals in respect of indictable offences are provided for under ss. 674, 691 and 693 of the *Criminal Code*. Keegstra's application for leave contains two categories of grounds for leave to appeal: (i) whether certain *Criminal Code* provisions are constitutional; and, (ii) whether the Court of Appeal made errors of law which do not raise constitutional questions. First, I will discuss the rights of respondents to raise constitutional issues in criminal appeals in respect of indictable offences. The capacity to raise these arguments is procedurally the same, regardless of which party is appealing or which provision of the *Code* governs other aspects of the appeal. Next, I will consider errors of law which do not involve constitutional concerns.

A. *Grounds of Appeal Raising Constitutional Issues*

11

To begin, I will outline the jurisdiction of this Court to hear appeals of declarations made pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. In *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965, I elaborated a "dual proceedings, s. 40" approach to the jurisdiction of this Court in respect of proceedings involving indictable offences. This approach provides that criminal proceedings which raise constitutional issues have two aspects. As a consequence, a party to such a proceeding can, in some instances, apply for leave to appeal a ruling on constitutionality to this Court under s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, when there is no appeal

incident, le faire dans son mémoire et l'appelant peut, en réponse, signifier et déposer un mémoire conformément à l'article 41.

IV. La requête en annulation de la demande d'autorisation de pourvoi de Keegstra

Cette requête soulève la question de la compétence de notre Cour pour entendre l'argumentation d'une partie intimée lors d'un pourvoi relatif à un acte criminel. En d'autres termes, il s'agit de savoir quels moyens une partie intimée peut faire valoir devant notre Cour. Les pourvois relatifs à des actes criminels sont prévus aux art. 674, 691 et 693 du *Code criminel*. La demande d'autorisation de pourvoi de Keegstra énonce deux catégories de moyens, à savoir (i) si certaines dispositions du *Code criminel* sont constitutionnelles, et (ii) si la Cour d'appel a commis des erreurs de droit qui ne soulèvent aucune question constitutionnelle. J'analyserai d'abord le droit de parties intimées de soulever des questions constitutionnelles dans des pourvois relatifs à des actes criminels. La capacité d'avancer ces arguments est la même sur le plan de la procédure, peu importe quelle partie se pourvoit ou quelle disposition du *Code* régit les autres aspects du pourvoi. Je considérerai ensuite les erreurs de droit qui ne soulèvent aucune question constitutionnelle.

A. *Moyens d'appel soulevant des questions constitutionnelles*

Je vais commencer par exposer la compétence de notre Cour pour entendre des pourvois formés contre des jugements déclaratoires fondés sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans l'arrêt *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965, j'ai conçu une méthode des «doubles procédures et de l'art. 40» relativement à la compétence de notre Cour à l'égard des procédures qui concernent des actes criminels. Suivant cette méthode, les procédures criminelles qui soulèvent des questions constitutionnelles comportent deux aspects. En conséquence, une partie à de telles procédures peut, dans certains cas, en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, demander à notre Cour l'autorisation de se pourvoir contre

route provided by the *Criminal Code*. In *Laba I* stated (at pp. 977-78):

My analysis will be grounded in the following premise: when the constitutionality of a law is challenged in the context of criminal proceedings, there are effectively two proceedings — the proceedings directed at a determination of culpability and the proceedings directed at a determination of constitutionality.

In *Laba* the proceedings dealing with constitutionality were separated from the proceedings in regard to culpability. This procedural aspect, however, is not the determinative feature of the dual proceedings approach. Even when the determinations of culpability and constitutionality arise in the same proceeding, the two rulings are separate and distinct. As I stated in *Laba* (at pp. 981-82):

... an appeal against a ruling on the constitutionality of a law is not an appeal from a judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence.

The significance of this bifurcation is that appeals of the constitutionality of a law are not governed solely by the *Criminal Code* provisions regarding appeals, even when the appeal is from a judgment which also contains a ruling "acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence". An appeal of a ruling against the constitutionality of a *Criminal Code* provision is not proscribed by the *Criminal Code*. In particular, the limitation imposed by s. 674, and mirrored in s. 40(3) of the *Supreme Court Act*, does not apply.

Since these two limiting provisions are not applicable to appeals of rulings on the constitutionality of *Criminal Code* provisions, these rulings are subject to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*:

une décision en matière de constitutionnalité, lorsqu'aucun moyen d'appel n'est prévu par le *Code criminel*. Dans l'arrêt *Laba*, j'affirme ceci, aux pp. 977 et 978:

Mon analyse sera fondée sur la prémisse suivante: lorsque la constitutionnalité d'une règle de droit est contestée dans le cadre de procédures criminelles, il y a en fait deux types de procédures: celles qui visent à déterminer la culpabilité et celles qui visent à déterminer la constitutionnalité.

Dans *Laba*, les procédures en matière de constitutionnalité étaient distinctes de celles relatives à la culpabilité. Cet aspect procédural n'est toutefois pas la caractéristique déterminante de la méthode des doubles procédures. Même lorsque les décisions relatives à la culpabilité et à la constitutionnalité sont prises dans le cadre des mêmes procédures, ces deux décisions sont séparées et distinctes. Comme je l'ai indiqué dans *Laba*, aux pp. 981 et 982:

... le pourvoi formé contre une décision sur la constitutionnalité d'une règle de droit n'est pas un pourvoi contre le jugement d'une cour qui prononce un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou qui annule ou confirme l'une ou l'autre de ces décisions dans le cas d'un acte criminel.

L'importance de cette bifurcation est que les pourvois contre une décision sur la constitutionnalité d'une règle de droit ne sont pas régis uniquement par les dispositions du *Code criminel* en matière d'appel, même lorsque le pourvoi est formé contre un jugement qui contient également une décision «prononçant un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou annulant ou confirmant l'une ou l'autre de ces décisions dans le cas d'un acte criminel». Le *Code criminel* n'interdit pas d'en appeler d'une décision déclarant inconstitutionnelle l'une de ses dispositions. En particulier, la restriction imposée par l'art. 674, et reflétée dans le par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, ne s'applique pas.

Puisque ces deux dispositions restrictives ne s'appliquent pas aux pourvois formés contre des décisions sur la constitutionnalité de dispositions du *Code criminel*, ces décisions sont assujetties au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*:

40. (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the Federal Court of Appeal or of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in that question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from that judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

40. (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel devant la Cour de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la Cour d'appel fédérale ou par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l'affaire en question, ou par l'un des juges de ces juridictions inférieures, que l'autorisation d'en appeler à la Cour ait ou non été refusée par une autre juridiction, lorsque la Cour estime, compte tenu de l'importance de l'affaire pour le public, ou de l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou de sa nature ou importance à tout égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde en conséquence l'autorisation d'en appeler.

14 Accordingly, where the highest court of final resort of a province has made a ruling on the constitutionality of a *Criminal Code* provision, either party may seek leave to appeal that ruling to this Court, regardless of whether a finding of culpability accompanied the ruling and, if there was an accompanying finding of culpability, regardless of whether that finding is appealable as of right or on granting of leave. Of course, the party choosing to seek leave to appeal a ruling of constitutionality will be the party whose interests are not served by the ruling on constitutionality below. Nonetheless, this dual proceedings approach insures that leave can always be sought to appeal rulings on constitutionality whether or not the party seeking leave "won" or "lost" in the ruling on culpability in the court below.

Par conséquent, lorsque le plus haut tribunal de dernier ressort d'une province s'est prononcé sur la constitutionnalité d'une disposition du *Code criminel*, l'une ou l'autre partie peut demander à notre Cour l'autorisation de se pourvoir contre cette décision, peu importe qu'elle ait été ou non assortie d'une déclaration de culpabilité et, le cas échéant, peu importe que cette déclaration puisse faire l'objet d'un pourvoi de plein droit ou d'un pourvoi avec l'autorisation de la Cour. Évidemment, la partie qui choisit de demander une autorisation de pourvoi contre une conclusion à la constitutionnalité sera celle dont les intérêts ne sont pas servis par la conclusion tirée en la matière par la cour d'appel. Cette méthode des doubles procédures garantit néanmoins que l'on peut toujours demander une autorisation de pourvoi contre des décisions sur la constitutionnalité, peu importe que la partie qui demande l'autorisation ait «gagné» ou «perdu» dans la décision que la cour d'appel a rendue en matière de culpabilité.

15 In the majority of cases, to be sure, an accused who has been acquitted will not be interested in appealing, regardless of the ruling on the constitutionality of the provision he or she was charged under. Therefore, the accused will rarely take advantage of the opportunity to seek leave to appeal under s. 40 of the *Supreme Court Act*. (An accused who is convicted has various appeal routes under the *Criminal Code* which I examine below.) However, in the rare instance where the interest of

Certes, dans la plupart des cas, l'accusé qui a été acquitté ne sera pas intéressé à se pourvoir, quelle que soit la décision sur la constitutionnalité de la disposition en vertu de laquelle il a été accusé. Par conséquent, il saisira rarement l'occasion de demander une autorisation de pourvoi en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*. (L'accusé qui est déclaré coupable dispose, en vertu du *Code criminel*, de divers moyens d'appel que j'examinerai plus loin.) Toutefois, dans le rare cas où l'inté-

an accused in a *Criminal Code* provision extends beyond the question of his or her own culpability, the dual proceedings approach ensures that leave may be sought and this Court, in deciding whether to grant leave or not, will weigh whether the acquitted accused's interest justifies hearing the constitutional arguments.

The Crown is more likely to avail itself of the access to s. 40 of the *Supreme Court Act* highlighted by the dual proceedings approach. In any criminal proceeding where the constitutionality of a provision is ruled upon, two possible outcomes are adverse to the interests of the Crown: an acquittal and a ruling of unconstitutionality. The dual proceedings approach ensures an appeal route in each of these circumstances.

I set out the policy concerns animating this approach in *Laba, supra*. The examples I set out there at pp. 982-84 are equally relevant, if not more so, in this case:

To find otherwise would be to accept an absurd consequence. Consider the following example. In a trial on a charge of operating a motor vehicle while impaired, a Superior Court judge in Ontario declares s. 256 of the *Criminal Code* (warrants to obtain blood samples) unconstitutional and inoperative and rules that the evidence obtained as a result of a warrant under this section is inadmissible. Despite this declaration, the accused is convicted on the remaining evidence. The accused chooses not to appeal this conviction. The Crown cannot appeal against the conviction through the *Criminal Code* (because no such appeal is provided for by Parts XXI and XXVI of the *Code*). Unless the analysis I propose is accepted, s. 256 will remain inoperative in Ontario unless and until one of the following four scenarios transpires. First, a case involving s. 256 of the *Criminal Code* comes before another Superior Court judge in Ontario, this second judge disagrees with the first judge and declares the section constitutional, the accused is convicted, the accused appeals the conviction to the Court of Appeal, and the Court of Appeal affirms the conviction. Second, a case involving s. 256 comes before another Superior Court judge in Ontario, this sec-

ond de l'accusé dans une disposition du *Code criminel* va au-delà de la question de sa propre culpabilité, la méthode des doubles procédures garantit la possibilité de demander une autorisation et, lorsqu'elle se prononce sur cette demande, notre Cour détermine si l'intérêt de l'accusé acquitté justifie d'entendre les arguments d'ordre constitutionnel.

Le ministère public est plus susceptible de se prévaloir de l'accès à l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême* que met en évidence la méthode des doubles procédures. Dans toutes procédures criminelles où on se prononce sur la constitutionnalité d'une disposition, deux issues possibles sont préjudiciables aux intérêts du ministère public: l'acquiescement et la conclusion à l'inconstitutionnalité. La méthode des doubles procédures garantit un moyen d'appel dans les deux cas.

Dans l'arrêt *Laba*, précité, j'ai énoncé les considérations de principe qui sous-tendent cette méthode. Les exemples que j'y donne, aux pp. 982 à 984, sont tout aussi pertinents en l'espèce, sinon plus:

Conclure autrement reviendrait à accepter une conséquence absurde. Prenons l'exemple suivant. Dans un procès relatif à une accusation de conduite d'un véhicule à moteur avec facultés affaiblies, un juge d'une cour supérieure de l'Ontario déclare l'art. 256 du *Code criminel* (mandats pour obtenir des échantillons de sang) inconstitutionnel et inopérant, et statue que la preuve obtenue grâce au mandat décerné en vertu de cet article est inadmissible. En dépit de cette décision, l'accusé est déclaré coupable sur la foi des autres éléments de preuve. L'accusé choisit de ne pas en appeler de cette déclaration de culpabilité. Le ministère public ne peut interjeter appel de la déclaration de culpabilité en invoquant le *Code criminel* (parce que cet appel n'est pas prévu aux parties XXI et XXVI du *Code*). À moins que l'analyse que je propose ne soit acceptée, l'art. 256 demeurera inopérant en Ontario jusqu'à ce que l'un des quatre scénarios suivants se réalise. Premièrement, une affaire mettant en cause l'art. 256 du *Code criminel* arrive devant un autre juge d'une cour supérieure de l'Ontario. Ce second juge n'est pas d'accord avec le premier juge et déclare l'article constitutionnel. L'accusé est déclaré coupable et il interjette appel de la déclara-

16

17

ond judge agrees with the first judge on the constitutionality issue and acquits the accused, the Crown appeals the acquittal to the Court of Appeal, and the Court of Appeal declares the section constitutional. Third, a case involving s. 256 comes before a Superior Court judge of another province or territory, this judge declares the section unconstitutional, the accused is acquitted, the Crown appeals the acquittal to the Court of Appeal, the Court of Appeal affirms the acquittal, and the Crown successfully appeals against the Court of Appeal decision at the Supreme Court of Canada. Fourth, a case involving s. 256 comes before a Superior Court judge in another province or territory, this second judge disagrees with the first judge and declares the section constitutional, the accused is convicted, the accused appeals the conviction to the Court of Appeal, and the Court of Appeal affirms the conviction, and the accused successfully appeals against the Court of Appeal decision to the Supreme Court of Canada. If ever a finding of unconstitutionality coincides with a conviction, no appeal against the finding of unconstitutionality will be available if the accused chooses not to appeal.

To me, such a consequence is absurd. First, the constitutionality of a law is left dependent upon the resolution of an issue completely unrelated to constitutionality, i.e., the guilt or innocence of the accused and upon his or her decision to appeal a conviction. Second, a law can be struck down by a Provincial or Superior Court judge and then left to hang there inoperative until some time in the future when another case on point happens to come before another judge and happens to result in a verdict that provides for an avenue of appeal through the *Criminal Code*. Just as an accused is entitled to his or her day in court, so too is the legislature. The legislature does not properly get this day in court if its ability to get to court on the issue of the constitutionality of a law is dependent upon the contingency of a particular finding of guilt or innocence coinciding with a *Criminal Code* avenue of appeal.

tion de culpabilité devant la Cour d'appel qui la confirme. Deuxièmement, un autre juge d'une cour supérieure de l'Ontario est saisi d'une affaire mettant en cause l'art. 256. Ce second juge est d'accord avec le premier juge sur la question constitutionnelle et acquitte l'accusé. Le ministère public interjette appel de l'acquittement devant la Cour d'appel qui déclare l'article constitutionnel. Troisièmement, un juge d'une cour supérieure d'une autre province ou d'un autre territoire est saisi d'une affaire mettant en cause l'art. 256. Il déclare l'article inconstitutionnel, l'accusé est acquitté, et le ministère public interjette appel de l'acquittement devant la Cour d'appel qui le confirme. Le ministère public se pourvoit avec succès contre l'arrêt de la Cour d'appel devant la Cour suprême du Canada. Quatrièmement, un juge d'une cour supérieure d'une autre province ou d'un autre territoire est saisi d'une affaire mettant en cause l'art. 256. Il n'est pas d'accord avec le premier juge et déclare l'article constitutionnel. L'accusé, déclaré coupable, interjette appel de la déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel qui la confirme. L'accusé se pourvoit avec succès contre l'arrêt de la Cour d'appel devant la Cour suprême du Canada. Si jamais une conclusion à l'inconstitutionnalité coïncide avec une déclaration de culpabilité, la conclusion à l'inconstitutionnalité ne pourra faire l'objet d'aucun appel si l'accusé choisit de ne pas interjeter d'appel.

À mon sens, une telle conséquence est absurde. D'abord, on fait dépendre la constitutionnalité d'une règle de droit de la résolution d'une question complètement étrangère à la constitutionnalité, c'est-à-dire la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, et de sa décision d'en appeler d'une déclaration de culpabilité. Ensuite, une règle de droit peut être annulée par un juge d'une cour provinciale ou supérieure et se retrouver inopérante jusqu'à ce qu'un autre juge soit saisi d'une autre affaire pertinente dont le verdict fournit un moyen d'appel par l'entremise du *Code criminel*. La législature a tout autant que l'accusé le droit de se faire entendre par les tribunaux. Elle n'a pas vraiment cette possibilité de se faire entendre par les tribunaux si sa capacité d'aller en cour sur la question de la constitutionnalité d'une règle de droit dépend de l'éventualité qu'une conclusion de culpabilité ou d'innocence coïncide avec un moyen d'appel prévu au *Code criminel*.

Although the reasoning in *Laba* was particularly directed to providing adequate appeal routes for the Crown, there is no policy reason why an accused who has been acquitted should not have

Bien que le raisonnement dans *Laba* ait visé spécialement à offrir des moyens d'appel appropriés au ministère public, rien en principe ne justifie d'empêcher un accusé acquitté d'avoir accès

access to the same appeal routes. The same absurdity results from making a ruling on constitutionality unappealable because the Crown chooses not to appeal it under the *Criminal Code* provisions, as would have resulted in *Laba* by making a ruling on constitutionality unappealable because the accused chose not to take advantage of existing *Criminal Code* appeal routes. Rulings on the constitutionality of *Criminal Code* provisions are subject to the dual proceedings approach whether the party who seeks the s. 40 route of appeal is the Crown or the accused, and whether the ruling sought to be appealed is one of constitutionality or unconstitutionality. We must recall that s. 40 does not provide a right of appeal, but rather a right to seek leave to appeal.

R. v. Finta, [1994] 1 S.C.R. 701, illustrates the dual proceedings approach. In that case, the Crown had a statutory right of appeal on four grounds based on a dissent in the Court of Appeal. The Crown sought leave to appeal to add an additional three grounds of appeal. The respondent sought leave to appeal two rulings on constitutionality where the Court of Appeal had been unanimous and which were not put in issue by the Crown. Leave was granted to both parties, and the Court considered nine grounds of appeal.

In summary, under the dual proceedings approach, this Court has the jurisdiction to hear applications for leave to appeal under s. 40 of the *Supreme Court Act* on any ground questioning the constitutionality of a *Criminal Code* provision. As rulings on constitutionality are distinct from rulings on culpability, either party may seek leave to appeal rulings on constitutionality, regardless of whether they are the appellant or respondent in

aux mêmes moyens d'appel. Il est tout aussi absurde que l'appel d'une décision sur la constitutionnalité soit impossible pour le motif que le ministère public choisit de ne pas en appeler en vertu des dispositions du *Code criminel*, que cela l'aurait été dans *Laba* si tout appel contre la décision sur la constitutionnalité avait été impossible parce que l'accusé avait choisi de ne pas se prévaloir des moyens d'appel prévus par le *Code criminel*. Les décisions sur la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* sont assujetties à la méthode des doubles procédures, peu importe que ce soit le ministère public ou l'accusé qui cherche à se prévaloir du moyen d'appel fondé sur l'art. 40, et peu importe que la décision dont on veut faire appel prononce la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité. Il faut se rappeler que l'art. 40 fournit non pas un droit d'appel, mais plutôt un droit de demander l'autorisation de pourvoi.

L'arrêt *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, illustre la méthode des doubles procédures. Dans cette affaire, le ministère public avait légalement le droit de former un pourvoi en invoquant quatre moyens fondés sur une dissidence en Cour d'appel. Le ministère public a demandé l'autorisation de se pourvoir afin d'ajouter trois autres moyens d'appel. L'intimé a demandé l'autorisation de se pourvoir contre deux décisions unanimes de la Cour d'appel sur la constitutionnalité, qui n'étaient pas contestées par le ministère public. L'autorisation a été accordée aux deux parties et la Cour a examiné neuf moyens d'appel.

Bref, sous le régime de la méthode des doubles procédures, notre Cour est compétente pour entendre les demandes d'autorisation de pourvoi fondées sur l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, relativement à tout moyen mettant en cause la constitutionnalité d'une disposition du *Code criminel*. Puisque les décisions en matière de constitutionnalité sont distinctes de celles relatives à la culpabilité, l'une ou l'autre partie peut demander l'autorisation de se pourvoir contre les décisions sur la constitutionnalité, peu importe qu'il s'agisse de la partie appelante ou de la partie intimée dans les procédures qui visent à déterminer la culpabi-

proceedings regarding culpability, and regardless of whether the ruling on culpability is appealed.

B. Grounds of Appeal Which Do Not Raise Constitutional Issues

lité, et peu importe que la décision relative à la culpabilité fasse l'objet d'un appel.

B. Moyens d'appel ne soulevant aucune question constitutionnelle

21 Under the *Criminal Code*, an appeal to this Court in respect of an indictable offence may take five possible forms: (i) an accused may appeal as of right based on a dissent in the court of appeal; (ii) an accused may appeal as of right because the court of appeal overturned his or her acquittal, or the acquittal of a co-accused; (iii) an accused may appeal after obtaining leave to appeal; (iv) the Crown may appeal as of right on the basis of a dissent in the court of appeal; and (v) the Crown may appeal after obtaining leave to appeal. While the accused has an appeal as of right (reversal of an acquittal) which the Crown does not (reversal of a conviction), the Crown and the accused have identical rights as respondents in each of these forms of appeal. Consequently, the categories of appeal which need to be examined are: (i) appeals as of right based on a dissent in the court of appeal; (ii) appeals as of right based on the setting aside of an acquittal; and, (iii) appeals where leave is granted. As a general rule, a respondent is entitled to raise any argument which supports the order of the court below. For clarity, the non-constitutional arguments which may be raised by the respondent in each form of appeal are set out below.

1. Appeals as of Right Based on a Dissent in the Court of Appeal

Sous le régime du *Code criminel*, un pourvoi à notre Cour relativement à un acte criminel peut revêtir cinq formes: (i) l'accusé peut se pourvoir de plein droit sur le fondement d'une dissidence en cour d'appel, (ii) l'accusé peut se pourvoir de plein droit pour le motif que la cour d'appel a annulé son acquittement ou celui d'un coaccusé, (iii) l'accusé peut se pourvoir à la suite d'une autorisation en ce sens; (iv) le ministère public peut se pourvoir de plein droit sur le fondement d'une dissidence en cour d'appel, et (v) le ministère public peut se pourvoir à la suite d'une autorisation en ce sens. Bien que l'accusé puisse se pourvoir de plein droit (lorsque son acquittement est annulé) et que le ministère public ne puisse pas le faire (lorsque la déclaration de culpabilité est annulée), tous deux jouissent de droits identiques à titre de parties intimées dans chacune de ces formes de pourvoi. Partant, les catégories de pourvois qui requièrent un examen sont les suivantes: (i) les pourvois de plein droit fondés sur une dissidence en cour d'appel, (ii) les pourvois de plein droit fondés sur l'annulation d'un acquittement, et (iii) les pourvois formés à la suite d'une autorisation en ce sens. En règle générale, une partie intimée peut avancer tout argument appuyant l'ordonnance de la cour d'appel. Pour plus de clarté, les arguments n'ayant pas trait à la constitutionnalité que peut avancer la partie intimée dans chaque forme de pourvoi sont énoncés ci-après.

1. Les pourvois de plein droit fondés sur une dissidence en cour d'appel

22 This appeal as of right arises in three situations. In the first instance, the accused was acquitted at trial and his or her acquittal was upheld, with a dissent in the court of appeal which gives the Crown a narrow appeal as of right. In the second case, the accused was convicted and the court of appeal overturned the conviction with a dissent, providing

Ce pourvoi de plein droit peut être formé dans trois cas. Dans le premier cas, l'accusé a été acquitté à son procès et son acquittement a été maintenu en cour d'appel, avec inscription d'une dissidence qui habilite le ministère public à former un pourvoi de plein droit restreint. Dans le second cas, l'accusé a été déclaré coupable et sa déclara-

for a narrow appeal as of right for the Crown. Finally, when the accused was convicted and the court of appeal upheld the conviction with a dissent, the accused will have a narrow appeal as of right.

Sections 691(1)(a) and 693(1)(a) provide a narrow right of appeal on the basis of court of appeal dissents. These provisions limit the arguments which may be raised by appellants in this Court. They do not, however, limit arguments which can be made by respondents. The respondent can raise any argument which supports the order of the court below. This includes presenting grounds on which the respondent was successful in the court below, re-arguing grounds which were unsuccessful or not dealt with below, and even making new arguments in this Court. If a respondent makes a new argument which lacks an appropriate evidentiary basis below, this Court may exercise its discretion not to hear the argument. This decision, however, is not related to the Court's jurisdiction. When a respondent in an appeal as of right raises an issue the appellant has not addressed, the appellant may seek leave to file a reply factum.

If an appellant who has an appeal as of right based on a dissent wishes to raise other issues, he or she may seek leave under ss. 691(1)(b) or 693(1)(b). In *Finta*, *supra*, this procedure was followed by the appellant Crown who wished to address issues on which the Court of Appeal had been unanimous. Once leave has been sought, the Court may grant leave on narrow grounds or grant a general leave to appeal. The arguments which may be advanced are then governed by the same

tion de culpabilité a été annulée en cour d'appel, avec inscription d'une dissidence qui habilite le ministère public à former un pourvoi de plein droit restreint. Dans le dernier cas, l'accusé a été déclaré coupable et sa déclaration de culpabilité a été maintenue en cour d'appel, avec inscription d'une dissidence qui habilite l'accusé à former un pourvoi de plein droit restreint.

Les alinéas 691(1)a) et 693(1)a) prévoient un droit d'appel restreint fondé sur des dissidences en cour d'appel. Ces dispositions restreignent les arguments que des parties appelantes peuvent avancer devant notre Cour. Toutefois, elles ne limitent pas les arguments qui peuvent être avancés par des parties intimées. La partie intimée peut avancer tout argument appuyant l'ordonnance de la cour d'appel. Elle peut donc soumettre des moyens à l'égard desquels elle a obtenu gain de cause en cour d'appel, débattre de nouveau des moyens qui ont échoué ou qui n'ont pas été examinés en cour d'appel, et même avancer de nouveaux arguments devant notre Cour. Si une partie intimée avance un nouvel argument à l'égard duquel des éléments de preuve insuffisants ont été produits en cour d'appel, notre Cour peut exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas entendre cet argument. Cette décision n'est cependant pas liée à la compétence de la Cour. Lorsqu'une partie intimée, dans un pourvoi de plein droit, soulève une question que la partie appelante n'a pas abordée, cette dernière peut demander l'autorisation de déposer un mémoire en réponse.

Si une partie appelante qui est habilitée à former un pourvoi de plein droit fondé sur une dissidence souhaite soulever d'autres questions, elle peut demander l'autorisation de le faire en vertu des al. 691(1)b) ou 693(1)b). Dans l'arrêt *Finta*, précité, c'est ce qu'a fait le ministère public appelant qui souhaitait soulever des questions qui avaient fait l'unanimité au sein de la Cour d'appel. Une fois l'autorisation demandée, la Cour peut l'accorder relativement à certains moyens seulement ou encore accorder une autorisation générale de pourvoi. Les arguments qui peuvent être avancés sont alors régis par la même procédure qui s'applique

procedures as any case where leave is granted, set out below.

2. Appeals as of Right Based on the Setting Aside of an Acquittal

25 Section 691(2) provides these appeals as of right to an accused on any point of law if the court of appeal set aside his or her acquittal, or the acquittal of a co-accused. Accordingly, these appeals are similar to appeals where leave is granted at large. The appellant may argue any point of law, including points of law raised by intervening decisions (*R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246). The respondent Crown in these appeals may argue any point of law which supports the order of the court below.

26 In *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, the appellants came before this Court under this provision. The Crown sought to present argument in respect of a point of law which the appellants had not raised. In ruling on the jurisdictional issue, Dickson J. (as he then was), writing for the majority, said (at p. 240):

In both civil and criminal matters it is open to a respondent to advance any argument to sustain the judgment below, and he is not limited to appellants' points of law. A party cannot, however, raise an entirely new argument which has not been raised below and in relation to which it might have been necessary to adduce evidence at trial Therefore, if we regard the Crown's submission as an argument to sustain the judgment below, this Court undoubtedly has jurisdiction to hear and decide this issue.

This clarifies that the only restriction on arguments by the respondent which support the order below will be whether there is a sufficient evidentiary record to support the argument. As noted above, this limitation is discretionary. The Court may choose to hear arguments on which there is no record below, although it normally will not. The

dans les cas où l'autorisation est accordée, et qui est énoncée plus loin.

2. Les pourvois de plein droit fondés sur l'annulation d'un acquittement

Le paragraphe 691(2) prévoit qu'un accusé peut former un pourvoi de plein droit sur tout point de droit si la cour d'appel annule son acquittement ou celui d'un coaccusé. Ces pourvois sont donc semblables à ceux formés à la suite d'une autorisation générale. La partie appelante peut débattre tout point de droit, y compris ceux soulevés dans des décisions rendues entre-temps (*R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246). Dans le cadre de ces pourvois, le ministère public intimé peut faire valoir tout point de droit appuyant l'ordonnance de la cour d'appel.

Dans l'arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, les appelants se sont présentés devant notre Cour en application de cette disposition. Le ministère public a tenté d'avancer un argument relativement à un point de droit que les appelants n'avaient pas soulevé. En se prononçant sur la question de compétence, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) affirme ceci, au nom de la majorité (à la p. 240):

En matière civile et en matière criminelle, il est loisible à un intimé de soumettre des arguments à l'appui du jugement d'instance inférieure et il n'est pas limité aux points de droit soulevés par les appelants. Une partie ne peut cependant pas soulever un argument entièrement nouveau qui n'a pas été soulevé devant les cours d'instance inférieure et au sujet duquel il aurait pu être nécessaire de soumettre des éléments de preuve au procès. [. . .] En conséquence, si nous considérons la prétention de Sa Majesté comme un argument à l'appui du jugement d'instance inférieure, cette Cour a manifestement compétence pour entendre et trancher la question.

Ces propos viennent préciser que la seule restriction à laquelle seront assujettis les arguments avancés par la partie intimée à l'appui de l'ordonnance de la cour d'appel sera la nécessité d'avoir suffisamment d'éléments de preuve au dossier pour appuyer l'argument en question. Comme je l'ai déjà souligné, cette restriction est discrétionnaire. La Cour peut choisir d'entendre des arguments qui n'ont pas fait l'objet d'aucune preuve

question of an evidentiary record below does not affect this Court's jurisdiction.

Our decision in *R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449, further clarifies the position of respondents in these appeals as of right. In *Barnes* the trial judge had entered a judicial stay for entrapment and the court of appeal had allowed the Crown's appeal and ordered a new trial. The Crown requested that, upon finding there was no entrapment, this Court enter convictions against the accused. Writing for the majority of this Court, I stated (at p. 466):

The Crown is not given by statute the ability to appeal to this Court a decision which allowed its appeal from an acquittal or judicial stay of proceedings, but which gave the Crown less than what had been requested. As a result, there is no statutory provision which would allow the Crown to appeal from the Court of Appeal's judgment. Absent a statutory right of appeal, there is no right of appeal. [Emphasis in original.]

This makes it clear that, while the respondent Crown in all of these appeals would undoubtedly prefer a conviction over a new trial, the Crown is not permitted to cross-appeal or otherwise argue in this Court for a conviction to be entered.

3. Appeals Where Leave Is Granted

Where leave is sought under s. 691(1)(b) or s. 693(1)(b), the Court may choose to grant leave on restricted grounds or at large. Restricting the leave granted to specific issues constrains the arguments which may be raised by appellants. The arguments which may be raised by respondents are not affected by an order granting leave on narrow grounds. As is the case in the two forms of appeal as of right, the respondent here may make any argument which supports the order of the court below. A respondent who has won in the court

devant les tribunaux d'instance inférieure, même si, normalement, elle s'abstiendra de le faire. La question de l'existence ou non de cette preuve n'a aucune incidence sur la compétence de notre Cour.

Dans l'arrêt *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449, notre Cour précise davantage la position des parties intimées dans ces pourvois de plein droit. Dans cette affaire, le juge du procès avait ordonné un arrêt des procédures pour provocation policière et la cour d'appel avait accueilli l'appel du ministère public et ordonné un nouveau procès. Le ministère public a demandé à notre Cour de prononcer des déclarations de culpabilité contre l'accusé, si elle concluait à l'absence de provocation policière. Voici ce que j'affirme, au nom de notre Cour à la majorité, à la p. 466:

Le ministère public n'est pas, de par la loi, habilité à se pourvoir devant notre Cour contre une décision qui a accueilli l'appel qu'il avait interjeté d'un verdict d'acquiescement ou d'un arrêt des procédures, mais qui lui a donné moins que ce qui avait été demandé. Par conséquent, il n'existe aucune disposition législative qui permettrait au ministère public de se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel. Sans droit d'appel prévu par la loi, il n'y a pas de droit d'appel. [Souligné dans l'original.]

Il ressort clairement de ce passage que, même s'il est indubitable que, dans tous ces appels, le ministère public intimé préférerait une déclaration de culpabilité à un nouveau procès, il n'est toutefois pas habilité à former un pourvoi incident ou à faire valoir par ailleurs devant notre Cour qu'une déclaration de culpabilité devrait être prononcée.

3. Les pourvois formés à la suite d'une autorisation en ce sens

Lorsque l'autorisation est demandée en vertu des al. 691(1)(b) ou 693(1)(b), la Cour peut choisir d'accorder soit une autorisation restreinte à certains moyens, soit une autorisation générale. Restreindre l'autorisation à des questions précises revient à dicter les arguments que peuvent avancer des parties appelantes. Une ordonnance qui accorde une autorisation restreinte à certains moyens ne change rien aux arguments qui peuvent être avancés par des parties intimées. Comme c'est le cas dans les deux formes de pourvois de plein

below and been granted a new trial may not seek leave under these provisions to seek either a conviction (in the case of the Crown) or an acquittal (in the case of an accused). (See *Meddoui v. The Queen*, [1991] 3 S.C.R. ix.)

droit, l'intimé peut, ici, avancer tout argument qui appuie l'ordonnance de la cour d'appel. La partie intimée qui a obtenu gain de cause en cour d'appel et qui s'est vu accorder un nouveau procès ne peut pas faire une demande d'autorisation fondée sur ces dispositions pour obtenir une déclaration de culpabilité (dans le cas du ministère public) ou un acquittement (dans le cas d'un accusé). (Voir *Meddoui c. La Reine*, [1991] 3 R.C.S. ix.)

29 Leave granted under the *Criminal Code* provisions differs from leave granted under s. 40 of the *Supreme Court Act* in civil matters. While appeal routes in civil cases are not at issue in this motion, it is useful to clarify that the decision in *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, is not relevant to criminal appeals. In *Idziak*, leave was granted on one ground only and both parties were restricted in their argument to addressing that ground. In civil matters, leave to appeal may be sought with respect to any finding adverse to the party in question. The number of such findings in a civil case is nearly always much greater than in a criminal case. Accordingly, as a matter of policy, when restricted leave is granted in civil cases, the respondent will normally be limited to arguing those issues set out by the Court in its order granting leave. A respondent who wishes to avoid this restriction should seek relief therefrom in the response to the application for leave to appeal or by application to the Court prior to the hearing. Such an application would succeed if, in the opinion of the Court, limited grounds of appeal would operate adversely to the respondent.

L'autorisation accordée en vertu des dispositions du *Code criminel* diffère de celle accordée en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême* en matière civile. Bien que les moyens d'appel dans les affaires civiles ne soient pas en cause dans la présente requête, il est utile de préciser que l'arrêt *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, n'est pas pertinent quant aux appels en matière criminelle. Dans l'arrêt *Idziak*, l'autorisation n'a été accordée que pour un seul moyen et, dans leurs plaidoiries, les deux parties ont dû se contenter de ne débattre que ce moyen. En matière civile, l'autorisation de pourvoi peut être demandée pour toute conclusion défavorable à la partie requérante. De telles conclusions sont presque toujours beaucoup plus nombreuses en matière civile qu'en matière criminelle. Pour cette raison, en principe, lorsqu'une autorisation restreinte est accordée dans une affaire civile, l'intimé ne pourra normalement débattre que les questions énoncées par la Cour dans son ordonnance accordant l'autorisation. La partie intimée qui souhaite éviter cette restriction devrait le demander dans la réponse à la demande d'autorisation de pourvoi, ou au moyen d'une demande à la Cour avant l'audition. Une telle demande serait accueillie si la Cour était d'avis que des moyens d'appel limités seraient préjudiciables à la partie intimée.

30 Three final points will conclude the clarification of which arguments may be raised by respondents in criminal appeals.

J'ajouterai trois autres points pour clore ma discussion sur les arguments que des parties intimées peuvent avancer dans des pourvois en matière criminelle.

31 First, in some cases, two issues which may have been discussed separately at the court of appeal will be so inextricably linked as to form two aspects of the same question of law. In this case, an appellant who has a narrow right of appeal

Premièrement, dans certains cas, deux questions qui peuvent avoir été débattues séparément en cour d'appel seront si inextricablement liées qu'elles formeront deux aspects d'une même question de droit. Dans ce cas, la partie appelante qui jouit

based on a dissent, or who has been granted leave to appeal on restricted grounds, will be able to address all aspects of the question, even if the court of appeal treated the different aspects separately. One example of this intertwining is the question of whether a particular error of law is so serious that it justifies setting aside the trial verdict. The provisions for taking account of the severity of errors (s. 686(1)(b)(iii) in the case of convictions, and the threshold set out in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, in the case of acquittals) will always be intertwined with any error of law considered by this Court.

Second, the principles which are to govern permissible arguments in appeals relating to included offences are contained in the general rules. When an accused is convicted of an included offence, he or she has been acquitted of the offence originally charged. The accused can appeal the conviction and the Crown can appeal the acquittal. Appeals to this Court are then governed by the appropriate *Criminal Code* provisions. This is set out in my reasons, for the Court, in *Guillemette v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 356. In *Guillemette* the accused was charged with second degree murder and convicted of manslaughter. He appealed his conviction but the Crown did not appeal his acquittal. The Court of Appeal erroneously ordered a new trial on the second degree murder charge. As the acquittal had not been appealed, this order was beyond the Court of Appeal's jurisdiction. Guillemette's appeal to this Court was as of right on the basis that the Court of Appeal had set aside his original acquittal on the second degree murder charge. I stated (at pp. 363-64):

The accused cannot challenge the verdict of manslaughter in this Court. The Court of Appeal did not affirm the conviction and, were it not for the error by the Court of Appeal in setting aside his acquittal for

d'un droit d'appel restreint fondé sur une dissidence, ou qui a obtenu l'autorisation de se pourvoir relativement à certains moyens seulement, pourra aborder tous les aspects de la question, même si la cour d'appel les a traités séparément. On peut constater l'existence de cette relation étroite dans la question de savoir si une erreur de droit donnée est grave au point de justifier l'annulation du verdict prononcé au procès. Les dispositions relatives à la prise en compte de la gravité des erreurs (le sous-al. 686(1)(b)(iii) dans le cas de déclarations de culpabilité, et le critère établi dans *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, dans le cas d'acquittements) seront toujours étroitement liées à toute erreur de droit considérée par notre Cour.

Deuxièmement, les principes qui doivent régir les arguments permis dans les pourvois qui concernent des infractions incluses sont contenus dans les règles générales. Lorsqu'un accusé est déclaré coupable d'une infraction incluse, il est acquitté de l'infraction initialement reprochée. L'accusé peut en appeler de la déclaration de culpabilité et le ministère public peut en appeler de l'acquittal. Les pourvois devant notre Cour sont alors régis par les dispositions pertinentes du *Code criminel*. C'est ce que j'ai indiqué dans les motifs que j'ai rédigés, au nom de la Cour, dans l'affaire *Guillemette c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 356. Dans cette affaire, l'accusé, qui était inculpé de meurtre au deuxième degré, a été déclaré coupable d'homicide involontaire. Il en a appelé de sa déclaration de culpabilité, mais le ministère public n'en a pas appelé de son acquittal. La Cour d'appel a ordonné à tort un nouveau procès relativement à l'accusation de meurtre au deuxième degré. Comme l'acquittal n'avait fait l'objet d'aucun appel, cette ordonnance excédait la compétence de la Cour d'appel. Le pourvoi de Guillemette devant notre Cour était formé de plein droit du fait que la Cour d'appel avait annulé l'acquittal initial relatif à l'accusation de meurtre au deuxième degré. Voici ce que j'affirme, aux pp. 363 et 364:

Il n'est pas loisible à l'accusé devant cette Cour d'entreprendre le verdict de culpabilité d'homicide involontaire. La Cour d'appel n'a pas confirmé le verdict de culpabilité et, n'eût été de l'erreur de la Cour d'appel

murder by ordering a new trial on that charge, the accused would not have been able to appeal to this Court under s. 618 [now s. 691]. On an appeal as of right under s. 618(2)(a) of the *Code*, the accused can only challenge the setting aside of his acquittal for murder and ask that the new trial be held on a charge of manslaughter. This Court therefore cannot rule on the other arguments put forward by the accused in support of an acquittal.

Though it made no appeal to the Court of Appeal, the Crown could have appealed in this Court, against the order for a new trial made by the Quebec Court of Appeal . . . In addition to the limitations imposed on us by the nature of the accused's appeal, the jurisdiction of this Court is also limited by the Crown's decision not to appeal to the Court of Appeal against the acquittal for murder by the jury, and further by its decision not to appeal against the order for a new trial made by the Court of Appeal.

There are no special or additional rules which apply in the case of included offences. What is required, rather, is a careful consideration of which party has the right to appeal the implicit and explicit rulings of the trial court.

³³ The final clarification concerns the interaction between the dual proceedings approach to constitutional issues and the avenues of appeal provided in the *Criminal Code*. When a constitutional issue is put before this Court through any of the appeals provided for in the *Criminal Code*, there is no need to seek leave under s. 40 of the *Supreme Court Act*. The dual proceedings approach exists in order to ensure that rulings regarding constitutionality will not be made "unappealable" by the *Criminal Code* provisions, not to remove all constitutional questions from the *Criminal Code* routes of appeal.

³⁴ Counsel in this motion raised the question of whether Rule 29 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, provides an independent avenue of cross-appeal to respondents. While Rule

d'annuler son acquittement pour meurtre en ordonnant la tenue d'un nouveau procès sur cette accusation, l'accusé n'aurait pu en vertu de l'art. 618 [maintenant l'art. 691] se pourvoir devant cette Cour. En appel de plein droit en vertu de l'al. 618(2)a) du *Code*, l'accusé ne peut qu'entreprendre l'annulation de son acquittement pour meurtre et demander que le nouveau procès soit tenu sur une accusation d'homicide involontaire. Nous ne pouvons donc nous prononcer sur les autres moyens mis de l'avant par l'accusé au soutien d'un acquittement.

Bien que ne s'étant point pourvue en Cour d'appel, il était quand même loisible à la Couronne de se pourvoir à l'encontre de l'ordonnance d'un nouveau procès prononcée par la Cour d'appel du Québec. [. . .] Outre les limites que nous impose la nature du pourvoi de l'accusé, la juridiction de cette Cour est aussi limitée par la décision de la Couronne de ne pas se pourvoir, en Cour d'appel, contre l'acquittal pour meurtre prononcé par le jury, et ensuite, davantage, par la décision de la Couronne de ne pas se pourvoir contre l'ordonnance d'un nouveau procès prononcée par la Cour d'appel.

Aucune règle spéciale ou supplémentaire ne s'applique dans le cas d'infractions incluses. Il faut plutôt considérer soigneusement quelle partie a le droit de se pourvoir contre les décisions implicites et explicites du tribunal de première instance.

La dernière précision concerne l'interaction entre la méthode des doubles procédures applicable aux questions constitutionnelles et les moyens d'appel prévus dans le *Code criminel*. Lorsque notre Cour est saisie d'une question constitutionnelle dans le cadre de l'un ou l'autre des appels prévus par le *Code criminel*, il n'est pas nécessaire de demander une autorisation en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*. La méthode des doubles procédures est là pour garantir que les décisions en matière de constitutionnalité ne soient pas soustraites à tout appel par les dispositions du *Code criminel*, et non pour retirer toutes questions constitutionnelles des moyens d'appel prévus par le *Code criminel*.

Les avocats, dans la présente requête, ont soulevé la question de savoir si l'art. 29 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, prévoit, en faveur des parties intimées, un moyen

29 prescribes the procedural aspects of cross-appeals, it does not provide an avenue for cross-appeals which have no statutory foundation.

C. Application to this Motion

The Crown moves that the Court quash Keegstra's application for leave to appeal on the basis that it is beyond the Court's jurisdiction. The Crown is appealing to this Court as of right on the basis of a dissent in the Court of Appeal. Keegstra seeks leave to appeal on three points, one of which raises a constitutional issue.

I would dismiss the Crown's motion. Keegstra does not need leave to argue the two non-constitutional points contained in his original application for leave to appeal as these support the order for a new trial granted by the Court of Appeal. As well, he advanced both of these arguments on appeal, so there is an appropriate evidentiary basis for his arguments here. His challenge to the constitutionality of ss. 319(2) and 319(3) based on ss. 2(b), 7 and 15 of the *Charter*, on the other hand, does not appear to be supportive of the order below. Keegstra seeks to argue that the combined effect of ss. 319(2) and 319(3) is to create an offence which infringes freedom of expression, is unconstitutionally vague and does not provide equal protection of the law to all groups in Canadian society. Success on this ground would likely preclude a new trial. With respect to this ground of appeal, therefore, Keegstra must seek leave to appeal under s. 40 of the *Supreme Court Act*, pursuant to the dual proceedings approach.

V. The Motion to Amend the Application for Leave to Appeal

Keegstra moves to add an additional ground to his application for leave to appeal. This additional ground challenges s. 319(3)(a) as contrary to s.

indépendant d'appel incident. Bien que l'art. 29 énonce les aspects procéduraux des pourvois incidents, il ne prescrit aucune voie d'appel incident qui ne soit pas prévue par la loi.

C. Application à la présente requête

Le ministère public demande à la Cour d'annuler la demande d'autorisation de pourvoi de Keegstra pour le motif qu'elle excède sa compétence. Le ministère public se pourvoit de plein droit devant notre Cour sur le fondement d'une dissidence exprimée en Cour d'appel. Keegstra demande l'autorisation de se pourvoir sur trois points dont l'un soulève une question constitutionnelle.

Je suis d'avis de rejeter la requête du ministère public. Keegstra n'a pas besoin d'autorisation pour débattre les deux points non constitutionnels contenus dans sa demande initiale d'autorisation de pourvoi puisqu'ils appuient l'ordonnance de nouveau procès rendue par la Cour d'appel. De même, il a avancé ces deux arguments en appel, de sorte qu'il existe une preuve suffisante pour lui permettre de les avancer devant nous. Par contre, sa contestation de la constitutionnalité des par. 319(2) et 319(3), fondée sur l'al. 2b) et les art. 7 et 15 de la *Charte*, ne paraît pas appuyer l'ordonnance de la Cour d'appel. Keegstra cherche à faire valoir que l'effet conjugué des par. 319(2) et 319(3) est de créer une infraction qui porte atteinte à la liberté d'expression, qui est inconstitutionnellement imprécise et qui n'assure pas une protection égale de la loi à tous les groupes de la société canadienne. S'il obtenait gain de cause à cet égard, la possibilité de tenir un nouveau procès serait vraisemblablement exclue. En ce qui concerne ce moyen d'appel, Keegstra doit donc demander l'autorisation de se pourvoir en application de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, conformément à la méthode des doubles procédures.

V. La requête en modification de la demande d'autorisation de pourvoi

Keegstra demande l'autorisation d'ajouter un autre moyen à sa demande d'autorisation de pourvoi. Ce moyen additionnel consiste à contester l'al.

35

36

37

11(d) of the *Charter* because it creates a reverse onus on the issue of truth, thus allegedly infringing an accused's right to be presumed innocent. I need not address this motion because the broadest possible remedy which could result from this challenge would be to strike out the words "he establishes" from s. 319(3)(a). Success with respect to this challenge would support the order for a new trial and therefore Keegstra does not need leave to make this argument.

VI. The Application for Leave to Appeal

38 As Keegstra need not seek leave to argue in support of the order of the Court of Appeal, this Court must consider whether to grant leave to appeal on the following ground:

1. Do ss. 319(2) and 319(3) of the *Criminal Code* infringe ss. 2(b), 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, are they justified under s. 1 given developments in the law since this case was last before this Court?

39 I would deny leave to appeal on this ground.

VII. Request to Remove the Volume "The Hate Crimes Law in Canada" from the Record

40 As part of its motion to quash the application for leave to appeal, the Crown requests that the Court remove from its record the volume entitled "The Hate Crimes Law in Canada" by Barbara Kulaszka, which Keegstra filed as volume 2 of "Applicant's Authorities". This volume reviews the application of a group of provisions it labels collectively as Canada's "hate crimes" laws, including s. 319(2) of the *Criminal Code*, and certain provisions of the *Customs Tariff*, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.), the *Canada Post Corporation Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 54, and the *Immigration Act*, 1976, S.C. 1976-77, c. 52. The thesis of

319(3)a) pour le motif qu'il contrevient à l'al. 11d) de la *Charte*, du fait qu'il crée une inversion du fardeau de la preuve relativement à la question de la véracité, portant ainsi atteinte au droit de l'accusé à la présomption d'innocence. Je n'ai pas à examiner cette requête étant donné que la réparation la plus large possible qui pourrait résulter de cette contestation consisterait à radier les mots «il établit» de l'al. 319(3)a). Un gain de cause à l'égard de cette contestation appuierait l'ordonnance de nouveau procès, de sorte que Keegstra n'a pas besoin d'une autorisation pour avancer cet argument.

VI. La demande d'autorisation de pourvoi

Comme Keegstra n'est pas tenu de demander l'autorisation de se faire entendre pour appuyer l'ordonnance de la Cour d'appel, notre Cour doit déterminer s'il y a lieu d'accorder l'autorisation de pourvoi relativement au moyen suivant:

1. Les paragraphes 319(2) et 319(3) du *Code criminel* contreviennent-ils à l'al. 2b) et aux art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, sont-ils justifiés en vertu de l'article premier, compte tenu de l'évolution du droit depuis que la présente affaire a été soumise à notre Cour pour la dernière fois?

Je suis d'avis de refuser l'autorisation de pourvoi relativement à ce moyen.

VII. Requête visant à retirer du dossier le volume «The Hate Crimes Law in Canada»

Dans sa requête en annulation de la demande d'autorisation de pourvoi, le ministère public demande que la Cour retire de son dossier l'ouvrage intitulé «The Hate Crimes Law in Canada» de Barbara Kulaszka, que Keegstra a déposé comme deuxième volume du recueil de jurisprudence et de doctrine invoquées par le requérant. L'auteur y passe en revue l'application d'une série de dispositions qu'elle appelle collectivement les lois du Canada sur les «crimes haineux», dont le par. 319(2) du *Code criminel* et certaines dispositions du *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985), ch. 41 (3^e suppl.), de la *Loi sur la Société canadienne des*

the study is that these provisions are applied inconsistently and unfairly by Canadian law enforcement officials.

As this volume did not form part of the record below, and Keegstra has not sought leave to file it here, I would grant the Crown's motion and remove this volume from the Court's record for the application for leave to appeal.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — I agree with the Chief Justice's disposition of these proceedings and substantially agree with his reasons in support of this disposition. Specifically, I agree that a respondent in a criminal appeal is free to raise any argument which supports the order below (subject to the discretion of this Court to decline to hear any argument for which there is not a sufficient evidentiary foundation).

My only reservation with the Chief Justice's reasons concerns the distinction he draws between civil and criminal appeals. Specifically, after concluding that respondents in criminal appeals are free to raise any argument which supports the order below, he states (at p. 400):

... as a matter of policy, when restricted leave is granted in civil cases, the respondent will normally be limited to arguing those issues set out by the Court in its order granting leave.

I am not sure I see the underlying legal rationale for this distinction between the scope of the arguments that respondents can raise in criminal and civil appeals. Accordingly, I cannot agree with the Chief Justice's *obiter* comments on this issue. Instead, as this issue is not squarely raised by the facts of these proceedings, I would leave its resolution to another day. Subject to this reservation, however, I would dispose of these proceedings as does the Chief Justice.

postes, S.C. 1980-81-82-83, ch. 54, et de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52. L'étude soutient que ces dispositions sont appliquées d'une manière incohérente et injuste par les autorités canadiennes chargées d'appliquer les lois.

Étant donné que cet ouvrage ne faisait pas partie du dossier de la Cour d'appel et que Keegstra n'a pas demandé l'autorisation de le déposer devant nous, je suis d'avis d'accueillir la requête du ministère public et de retirer cet ouvrage du dossier relatif à la demande d'autorisation de pourvoi devant notre Cour.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Je suis d'accord avec le Juge en chef quant au résultat auquel il en arrive et je souscris, pour l'essentiel, à ses motifs. Plus précisément, je conviens que, dans un appel en matière criminelle, l'intimé est libre d'avancer tout argument de nature à appuyer le jugement de la cour d'appel (sous réserve du pouvoir discrétionnaire de notre Cour de refuser d'entendre tout argument en l'absence d'une preuve suffisante).

Ma seule réserve concerne la distinction que le Juge en chef fait entre les pourvois en matière civile et les pourvois en matière criminelle. Plus précisément, après avoir conclu que l'intimé dans un pourvoi en matière criminelle est libre d'avancer tout argument qui appuie le jugement de la cour d'appel, il affirme (à la p. 400):

... en principe, lorsqu'une autorisation restreinte est accordée dans une affaire civile, l'intimé ne pourra normalement débattre que les questions énoncées par la Cour dans son ordonnance accordant l'autorisation.

Je ne suis pas certaine de la raison pour laquelle il faut distinguer entre les arguments qu'une partie intimée peut avancer dans des pourvois en matière criminelle, et ceux qu'elle peut débattre en matière civile. Je ne saurais donc souscrire à cet *obiter* du Juge en chef sur cette question. En revanche, comme cette question ne se pose pas directement dans le présent dossier, il y a lieu d'en reporter la résolution à un autre jour. Sous cette réserve, je tranche ce pourvoi comme le suggère le Juge en chef.

41

42

43

Motion to quash application for leave to appeal dismissed. Application for leave to appeal dismissed.

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

Solicitor for James Keegstra: Douglas H. Christie, Victoria.

Requête en annulation d'une demande d'autorisation de pourvoi rejetée. Demande d'autorisation de pourvoi rejetée.

Procureur du ministère public: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de James Keegstra: Douglas H. Christie, Victoria.

Thomas P. Walker and John M. Robertson *Appellants*

v.

The Government of Prince Edward Island *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, the Certified General Accountants Association of Ontario, the Ordre des comptables généraux licenciés du Québec, the Institute of Chartered Accountants of Prince Edward Island, and the Charter Committee on Poverty Issues *Interveners*

INDEXED AS: WALKER v. PRINCE EDWARD ISLAND

File No.: 23861.

1995: May 23.

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

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

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Provincial legislation providing that no person can practise as a public accountant in province unless that person is a member of provincial institute of chartered accountants — Whether legislation infringes s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Public Accounting and Auditing Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-28, s. 14(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Right to gain livelihood in any province — Provincial legislation providing that no person can practise as a public accountant in province unless that person is a member of provincial institute of chartered accountants — Whether legislation infringes s. 6(2)(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Public

Thomas P. Walker et John M. Robertson *Appelants*

c.

Le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard *Intimé*

et

Le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, la Certified General Accountants Association of Ontario, l'Ordre des comptables généraux licenciés du Québec, l'Institute of Chartered Accountants of Prince Edward Island, et le Charter Committee on Poverty Issues *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: WALKER c. ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

N° du greffe: 23861.

1995: 23 mai.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Disposition législative provinciale prévoyant que nul ne peut exercer la profession d'expert-comptable dans la province à moins d'être membre de l'institut provincial des comptables agréés — Cette disposition porte-t-elle atteinte à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Public Accounting and Auditing Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-28, art. 14(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Droit de gagner sa vie dans toute province — Disposition législative provinciale prévoyant que nul ne peut exercer la profession d'expert-comptable dans la province à moins d'être membre de l'institut provincial des comptables agréés — Cette disposition porte-t-elle atteinte à l'art. 6(2)b)

Accounting and Auditing Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-28, s. 14(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security of the person — Provincial legislation providing that no person can practise as a public accountant in province unless that person is a member of provincial institute of chartered accountants — Whether legislation infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Public Accounting and Auditing Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-28, s. 14(1).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 6, 7.

Public Accounting and Auditing Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-28, s. 14(1).

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division (1993), 111 Nfld. & P.E.I.R. 150, 348 A.P.R. 150, 107 D.L.R. (4th) 69, setting aside a judgment of Campbell J. (1992), 101 Nfld. & P.E.I.R. 303, 321 A.P.R. 303, declaring s. 14(1) of the *Public Accounting and Auditing Act* of Prince Edward Island unconstitutional. Appeal dismissed.

Mary Eberts, Wendy M. Matheson and John Hennessey, for the appellants.

Roger B. Langille, Q.C., and Charles P. Thompson, for the respondent.

Dominique A. Jobin and Kathleen McNicoll, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Shawn Greenberg, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Written submissions only by *Deborah K. Lovett*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Graeme G. Mitchell, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Maurice C. Cullity, Q.C., and Christina H. Medland, for the intervener the Certified General Accountants Association of Ontario.

de la Charte canadienne des droits et libertés? — Public Accounting and Auditing Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-28, art. 14(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité de la personne — Disposition législative provinciale prévoyant que nul ne peut exercer la profession d'expert-comptable dans la province à moins d'être membre de l'institut provincial des comptables agréés — Cette disposition porte-t-elle atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Public Accounting and Auditing Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-28, art. 14(1).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 6, 7.

Public Accounting and Auditing Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-28, art. 14(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, Section d'appel (1993), 111 Nfld. & P.E.I.R. 150, 348 A.P.R. 150, 107 D.L.R. (4th) 69, qui a annulé un jugement du juge Campbell (1992), 101 Nfld. & P.E.I.R. 303, 321 A.P.R. 303, déclarant inconstitutionnel le par. 14(1) de la *Public Accounting and Auditing Act* de l'Île-du-Prince-Édouard. Pourvoi rejeté.

Mary Eberts, Wendy M. Matheson et John Hennessey, pour les appelants.

Roger B. Langille, c.r., et Charles P. Thompson, pour l'intimé.

Dominique A. Jobin et Kathleen McNicoll, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Shawn Greenberg, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Argumentation écrite seulement par *Deborah K. Lovett*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Graeme G. Mitchell, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Maurice C. Cullity, c.r., et Christina H. Medland, pour l'intervenant la Certified General Accountants Association of Ontario.

Marcel Rivest, for the intervener the Ordre des comptables généraux licenciés du Québec.

W. Ian C. Binnie, Q.C., and *Robert D. Peck*, for the intervener the Institute of Chartered Accountants of Prince Edward Island.

Written submissions only by *Vince Calderhead*, for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — In light of our previous decisions as regards ss. 2(b), 6 and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, we are all of the view that there has been no restriction to those rights in this case. The constitutional questions are answered as follows:

1. Does s. 14(1) of the *Public Accounting and Auditing Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. P-28, limit the appellants' rights guaranteed by ss. 2(b), 6 or 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 14(1) nevertheless justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The first question is answered in the negative. The second question, therefore, does not arise.

The appeal is accordingly dismissed with costs.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellants: Law Office of Mary Eberts, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Office of the Attorney General of Prince Edward Island, Charlottetown.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Ste-Foy.

Marcel Rivest, pour l'intervenant l'Ordre des comptables généraux licenciés du Québec.

W. Ian C. Binnie, c.r., et *Robert D. Peck*, pour l'intervenant l'Institute of Chartered Accountants of Prince Edward Island.

Argumentation écrite seulement par *Vince Calderhead*, pour l'intervenant le Charter Committee on Poverty Issues.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Compte tenu de nos décisions antérieures concernant l'al. 2b) et les art. 6 et 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, nous sommes tous d'avis qu'il n'y a eu, en l'espèce, aucune restriction des droits garantis par ces dispositions. Les réponses suivantes sont données aux questions constitutionnelles:

1. Le paragraphe 14(1) de la *Public Accounting and Auditing Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-28, restreint-il les droits que l'al. 2b), l'art. 6 ou l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux appelants?

Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 14(1) est-il néanmoins justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

La réponse à la première question est négative. En conséquence, la deuxième question ne se pose pas.

Le pourvoi est donc rejeté avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureur des appelants: Cabinet de Mary Eberts, Toronto.

Procureur de l'intimé: Le Bureau du procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, Charlottetown.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Solicitors for the intervener the Certified General Accountants Association of Ontario: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ordre des comptables généraux licenciés du Québec: Rivest, Schmidt, Moreau, Desautels & Tardif, Montreal.

Solicitors for the intervener the Institute of Chartered Accountants of Prince Edward Island: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitor for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues: The B.C. Public Interest Advocacy Centre, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Procureurs de l'intervenante la Certified General Accountants Association of Ontario: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Procureurs de l'intervenant l'Ordre des comptables généraux licenciés du Québec: Rivest, Schmidt, Moreau, Desautels & Tardif, Montréal.

Procureurs de l'intervenant l'Institute of Chartered Accountants of Prince Edward Island: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Charter Committee on Poverty Issues: Le B.C. Public Interest Advocacy Centre, Vancouver.

G. S. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

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

File No.: 24337.

1995: May 26.

Present: Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Criminal law — Charge to jury — Trial judge in error in commenting to jury on failure of accused to call a witness — No substantial wrong or miscarriage of justice.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal, September 9, 1994, dismissing an appeal from conviction by Aylward J. sitting with jury. Appeal dismissed.

*Derek J. Hogan, for the appellant.**Wayne Gorman, for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — This is an appeal as of right. We all agree with the Court of Appeal that it was an error on the part of the trial judge to comment on the failure to call as a witness the private investigator, Ross. We are, however, of the opinion that the majority of the Court of Appeal was right in concluding that no substantial wrong or miscarriage of justice was occasioned by the error. Accordingly, the appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.**Solicitors for the appellant: Newfoundland Legal Aid Commission, St. John's.***G. S. Appelant**

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. S. (G.)

N° du greffe: 24337.

1995: 26 mai.

Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit criminel — Exposé au jury — Erreur commise par le juge du procès lorsqu'il a fait des remarques au jury sur le fait que l'accusé n'a pas assigné un certain témoin — Aucun tort important ni erreur judiciaire grave.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve, le 9 septembre 1994, qui a rejeté un appel contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Aylward siégeant avec jury. Pourvoi rejeté.

*Derek J. Hogan, pour l'appelant.**Wayne Gorman, pour l'intimée.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Il s'agit d'un pourvoi de plein droit. Nous sommes tous d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a fait des remarques sur le fait que l'enquêteur privé, Ross, n'a pas été appelé à témoigner. Nous sommes toutefois d'avis que la Cour d'appel à la majorité a eu raison de conclure que l'erreur n'a entraîné aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave. En conséquence, le pourvoi est rejeté.

*Jugement en conséquence.**Procureurs de l'appelant: Newfoundland Legal Aid Commission, St. John's.*

Solicitor for the respondent: Department of Justice, Special Prosecutions Office, St. John's.

Procureur de l'intimée: Department of Justice, Special Prosecutions Office, St. John's.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

A.B. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. B. (A.J.)

File No.: 24182.

1995: May 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND

Evidence — Recent fabrication — Prior consistent statements — Sexual offences — Accused alleging that complainant's testimony was of recent fabrication — Testimony of social worker and doctor admissible to rebut accused's allegation of recent fabrication — Social worker's report admitted into evidence not improperly used by trial judge — Accused properly convicted.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1994), 120 Nfld. & P.E.I.R. 147 (*sub nom. R. v. A.J.B.*), 373 A.P.R. 147, 90 C.C.C. (3d) 210, allowing the accused's appeal from his conviction for sexual offences, ordering a new trial and entering a stay of proceedings. Appeal allowed.

Wayne Gorman, for the appellant.

Jerome P. Kennedy, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — The judgment of the Court is that the appeal is allowed. The order for the new trial of the Court of Appeal is set aside and the conviction is restored. Mr. Justice Sopinka will give the reasons of the Court.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

A.B. *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. B. (A.J.)

N° du greffe: 24182.

1995: 29 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Preuve — Fabrication récente — Déclarations compatibles antérieures — Infractions d'ordre sexuel — Allégation de l'accusé voulant que le témoignage de la plaignante fût de fabrication récente — Témoignage du travailleur social et du médecin admissible pour réfuter l'allégation de fabrication récente de l'accusé — Juge du procès n'ayant pas mal utilisé le rapport du travailleur social admis en preuve — Accusé déclaré coupable à bon droit.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1994), 120 Nfld. & P.E.I.R. 147 (*sub nom. R. c. A.J.B.*), 373 A.P.R. 147, 90 C.C.C. (3d) 210, qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à des infractions d'ordre sexuel, ordonné la tenue d'un nouveau procès et inscrit un arrêt des procédures. Pourvoi accueilli.

Wayne Gorman, pour l'appelante.

Jerome P. Kennedy, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — La Cour juge qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi. L'ordonnance de nouveau procès rendue par la Cour d'appel est annulée et la déclaration de culpabilité, rétablie. Les motifs de la Cour seront exposés par le juge Sopinka.

2

SOPINKA J. — The complainant quite properly testified as part of the narrative that she complained to the police, to a social worker and to a doctor in 1977. The complainant was cross-examined by the respondent to the effect that she came up with the allegation after reading a book. In our view, this constituted an allegation of recent fabrication. Therefore, the evidence of the social worker and the doctor was admissible to rebut the allegation of recent fabrication. The admissibility of this evidence was limited to establish the fact that the complaints were made and not for the purpose of establishing the truth of the contents of the complaints. The trial judge expressly stated that this evidence was limited to this use.

3

With respect to the admission of the social worker's report, there is no basis to suggest that its contents, parts of which were not admissible, were improperly used by the trial judge. The trial judge, therefore, committed no error of law.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Department of Justice, St. John's, Newfoundland.

Solicitor for the respondent: Jerome P. Kennedy, St. John's, Newfoundland.

LE JUGE SOPINKA — La plaignante a témoigné tout à fait à bon droit dans le cadre de son récit qu'elle s'est plainte à la police, à un travailleur social et à un médecin en 1977. La plaignante a été contre-interrogée par l'intimé quant au fait que son allégation avait suivi la lecture d'un livre. À notre avis, cela constituait une allégation de fabrication récente. En conséquence, le témoignage du travailleur social et du médecin était admissible pour réfuter l'allégation de fabrication récente. Cette preuve n'était admissible que pour établir que les plaintes avaient été faites et non pour établir la véracité du contenu des plaintes. Le juge du procès a affirmé expressément que cette preuve ne pouvait servir qu'à cette fin.

Quant à l'admission du rapport du travailleur social, rien ne porte à croire que le juge du procès a mal utilisé son contenu dont certaines parties n'étaient pas admissibles. Le juge du procès n'a donc commis aucune erreur de droit.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Le ministère de la Justice, St. John's, Terre-Neuve.

Procureur de l'intimé: Jerome P. Kennedy, St. John's, Terre-Neuve.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

N. M. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. M. (N.)

File No.: 24263.

1995: May 30.

Present: L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Sexual assault — Evidence — Conviction wrongly based on preferring evidence of complainant over evidence of accused rather than on whether evidence established guilt beyond a reasonable doubt.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, [1994] O.J. No. 1715 (QL), allowing an appeal from conviction by Rogers Prov. Ct. J. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Elizabeth M. Rennie, for the appellant.

Timothy E. Breen, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This is an appeal as of right. The majority of the Court would dismiss the appeal substantially for the reasons of the majority of the Court of Appeal. Justice L'Heureux-Dubé would have allowed the appeal for the reasons of Abella J.A. dissenting in the Court of Appeal. Accordingly the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

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

Solicitors for the respondent: Rosen, Fleming, Toronto.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

N. M. *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. M. (N.)

N° du greffe: 24263.

1995: 30 mai.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Agression sexuelle — Preuve — Déclaration de culpabilité fondée à tort sur la préférence de la preuve de la plaignante à celle de l'accusé, plutôt que sur la question de savoir si la preuve établissait la culpabilité hors de tout doute raisonnable.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, [1994] O.J. n° 1715 (QL), qui a accueilli l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Rogers de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Elizabeth M. Rennie, pour l'appelante.

Timothy E. Breen, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi est formé de plein droit. La Cour à la majorité est d'avis de rejeter le pourvoi essentiellement pour les motifs de la Cour d'appel à la majorité. Le juge L'Heureux-Dubé aurait accueilli le pourvoi pour les raisons exposées par le juge Abella, dissidente en Cour d'appel. Le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

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

Procureurs de l'intimé: Rosen, Fleming, Toronto.

Troy Sherwin Montour and Steven Benjamin Longboat *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MONTOUR

File No.: 24343.

1995: May 30.

Present: Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention or imprisonment — Random stopping of accused's vehicle by police — Trial judge finding that random stopping of vehicle violated s. 9 of Canadian Charter of Rights and Freedoms and excluding evidence — Accused acquitted — Court of Appeal setting aside acquittals — Acquittals restored.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1994), 150 N.B.R. (2d) 7, 385 A.P.R. 7, 5 M.V.R. (3d) 250, allowing the Crown's appeal from the appellants' acquittals by Strange Prov. Ct. J. (1992), 129 N.B.R. (2d) 361, 325 A.P.R. 361, on charges of unlawful possession of tobacco. Appeal allowed and acquittals restored.

Donald J. Stevenson, for the appellants.

David M. Meadows and *Paula R. Taylor*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ SOPINKA J. — The appeal is allowed, the judgment of the New Brunswick Court of Appeal is set aside, and the acquittals entered at trial are restored. Mr. Justice Iacobucci will give the reasons of the Court.

Troy Sherwin Montour et Steven Benjamin Longboat *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MONTOUR

N° du greffe: 24343.

1995: 30 mai.

Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détenation ou emprisonnement arbitraire — Interception au hasard du véhicule des accusés par la police — Conclusion par le juge du procès que l'interception au hasard du véhicule violait l'art. 9 de la Charte canadienne des droits et libertés et exclusion de la preuve — Accusés acquittés — Rejet des acquittements par la Cour d'appel — Acquittements rétablis.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1994), 150 R.N.-B. (2^e) 7, 385 A.P.R. 7, 5 M.V.R. (3d) 250, qui a accueilli l'appel du ministère public contre les acquittements des appelants prononcés par le juge Strange de la Cour provinciale (1992), 129 R.N.-B. (2^e) 361, 325 A.P.R. 361, relativement à des accusations de possession illégale de tabac. Pourvoi accueilli et acquittements rétablis.

Donald J. Stevenson, pour les appelants.

David M. Meadows et *Paula R. Taylor*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Le pourvoi est accueilli, le jugement de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick est infirmé et les acquittements inscrits au procès sont rétablis. Monsieur le juge Iacobucci prononcera les motifs de la Cour.

IACOBUCCI J. — Although we may differ with the trial judge in his characterizing the *Charter* breach here as a serious one, in our view, the trial judge made proper findings of fact based on the evidence before him, and committed no error in stating and applying the governing principles of law. We therefore see no reason why the New Brunswick Court of Appeal intervened to reverse the decision of the trial judge.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: Stevenson & Stevenson, Fredericton.

Solicitors for the respondent: David M. Meadows and Paula R. Taylor, Halifax.

LE JUGE IACOBUCCI — Bien que nous ne soyons pas du même avis que le juge du procès, qui a qualifié de grave la violation de la *Charte*, nous estimons qu'il est arrivé aux bonnes conclusions de fait selon la preuve qui lui a été présentée et qu'il n'a pas commis d'erreur en énonçant et en appliquant les principes de droit pertinents. Nous ne voyons donc pas pourquoi la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick est intervenue pour infirmer la décision du juge du procès.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants: Stevenson & Stevenson, Fredericton.

Procureurs de l'intimée: David M. Meadows et Paula R. Taylor, Halifax.

John O. Miron and Jocelyne Valliere *Appellants*

v.

Richard Trudel, William James McIsaac and the Economical Mutual Insurance Company *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec and the Attorney General of Manitoba *Interveners*

INDEXED AS: MIRON v. TRUDEL

File No.: 22744.

1994: June 2; 1995: May 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Automobile insurance — Standard automobile policy prescribed by provincial legislation extending accident benefits to "spouse" of policy holder — Term "spouse" not including unmarried common law spouse — Whether limitation of benefits to married persons violates s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether violation justifiable under s. 1 of Charter — Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 218, ss. 231, 233, Schedule C.

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Appropriate remedy — Standard automobile insurance policy prescribed by provincial legislation extending accident benefits to "spouse" of policy holder — Term "spouse" not including unmarried common law spouse — Limitation of benefits to married persons violating s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Violation not justifiable under s. 1 of Charter —

John O. Miron et Jocelyne Valliere *Appellants*

c.

Richard Trudel, William James McIsaac et Economical, Compagnie Mutuelle d'Assurance *Intimés*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec et le procureur général du Manitoba *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: MIRON c. TRUDEL

N° du greffe: 22744.

1994: 2 juin; 1995: 25 mai.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Assurance-automobile — Police automobile type établie sous le régime d'une loi provinciale qui étend au «conjoint» du souscripteur les indemnités d'assurance en cas d'accident — Le terme «conjoint» n'inclut pas les conjoints de fait — La restriction des indemnités aux seules personnes mariées viole-t-elle l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation peut-elle se justifier en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi sur les assurances, L.R.O. 1980, ch. 218, art. 231, 233, Annexe C.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Exécution — Réparation appropriée — Police automobile type établie sous le régime d'une loi provinciale qui étend au «conjoint» du souscripteur les indemnités d'assurance en cas d'accident — Le terme «conjoint» n'inclut pas les conjoints de fait — Restriction des indemnités aux seules personnes mariées en contravention de l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Violation non justifiable au regard de l'article premier de la Charte — La Cour devrait-elle, par «interpréta-

Whether Court should retroactively “read in” more inclusive definition of “spouse” under s. 24 of Charter.

The appellants lived together with their children. While they were not married, their family functioned as an economic unit. In 1987, M was injured while a passenger in an uninsured motor vehicle driven by an uninsured driver. After the accident, the appellant M could no longer work and contribute to his family's support. He made a claim for accident benefits for loss of income and damages against V's insurance policy, which extended accident benefits to the “spouse” of the policy holder. The respondent insurer denied his claim on the ground that M was not legally married to V and hence not her “spouse”. The appellants sued the insurer. The insurer brought a preliminary motion to determine whether the word “spouse”, as used in the applicable portions of the policy, includes unmarried common law spouses. The motions court judge found that “spouse” meant a person who is legally married. The appellants appealed the decision to the Court of Appeal, arguing first that M is a spouse under the terms of the policy, and alternatively, that the policy terms, which are those of the standard automobile policy prescribed by the *Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 218, discriminate against him in violation of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court of Appeal dismissed their appeal.

Held (Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Major J.J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci J.J.: The analysis under s. 15(1) of the *Charter* involves two steps. First, the claimant must show a denial of “equal protection” or “equal benefit” of the law, as compared with some other person. Second, he or she must show that the denial constitutes discrimination. To establish discrimination, the claimant must show that the denial rests on one of the grounds enumerated in s. 15(1) or an analogous ground and that the unequal treatment is based on the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, although in rare cases distinctions made on enumerated or analogous grounds may prove to be, upon examination, non-discriminatory. Once a violation of s. 15(1) is established, the onus then shifts to the party seeking to uphold the law, usually the state, to justify the discrimination under s. 1 of the *Charter*. This division of the analysis between s. 15(1)

tion large» rétroactive donner une définition plus étendue au «conjoint», en vertu de l'art. 24 de la Charte?

Les appelants vivaient ensemble avec leurs enfants. Ils n'étaient pas mariés, mais leur famille fonctionnait comme une unité économique. En 1987, M a été blessé alors qu'il était passager à bord d'un véhicule à moteur non assuré conduit par un conducteur non assuré. À la suite de l'accident, M ne pouvait plus travailler et contribuer au soutien de sa famille. Il a présenté une réclamation d'indemnité d'assurance-accidents pour perte de revenu et dommages-intérêts fondée sur la police d'assurance de V, qui étendait au «conjoint» du souscripteur les indemnités d'assurance en cas d'accident. L'assureur intimé a rejeté sa réclamation parce que M n'était pas légalement marié à V et, partant, qu'il n'en était pas le «conjoint». Les appelants ont intenté une poursuite contre l'assureur, qui a déposé une requête préliminaire visant à faire déterminer si le terme «conjoint», utilisé dans les stipulations applicables de la police, comprend les conjoints de fait. Le juge des requêtes a conclu que le terme «conjoint» désignait une personne légalement mariée. Les appelants ont interjeté appel contre cette décision devant la Cour d'appel, en faisant valoir premièrement que M est un conjoint au sens de la police et, subsidiairement, que les modalités de la police, qui sont prévues dans la police automobile type, établie sous le régime de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1980, ch. 218, sont discriminatoires à son endroit et violent le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel a rejeté leur demande.

Arrêt (Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci: L'analyse fondée sur le par. 15(1) comporte deux étapes. Premièrement, le demandeur doit démontrer qu'il y a eu négation de son droit «à la même protection» ou «au même bénéfice» de la loi qu'une autre personne. Deuxièmement, le demandeur doit démontrer que cette négation constitue une discrimination. Pour établir qu'il y a discrimination, le demandeur doit prouver que la négation repose sur l'un des motifs énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue et que le traitement inégal est fondé sur l'application stéréotypée de présomées caractéristiques personnelles ou de groupe, bien que, dans de rares cas, des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou des motifs analogues peuvent, à l'examen, se révéler non discriminatoires. Une fois que la violation du par. 15(1) est établie, il y a alors déplacement de la charge de la preuve et la partie qui cherche le maintien

and s. 1 accords with the injunction that courts should interpret the enumerated rights in a broad and generous fashion, leaving the task of narrowing the *prima facie* protection thus granted to conform to conflicting social and legislative interests to s. 1. At the same time, it does not trivialize s. 15(1) by calling all distinctions discrimination. Proof that the enumerated or analogous ground founding a denial of equality is relevant to a legislative goal is only one factor in determining whether a distinction is discriminatory in the social and political context of each case. Relevance as the ultimate indicator of non-discrimination suffers from the disadvantage that it may validate distinctions which violate the purpose of s. 15(1) and may lead to inquiries better pursued under s. 1.

Exclusion of unmarried partners from accident benefits available to married partners under the policy violates s. 15(1) of the *Charter*. Denial of equal benefit on the basis of marital status is established in this case, and marital status is an analogous ground of discrimination for purposes of s. 15(1). First, discrimination on that basis touches the essential dignity and worth of the individual in the same way as other recognized grounds of discrimination violative of fundamental human rights norms. Second, marital status possesses characteristics often associated with recognized grounds of discrimination under s. 15(1). Persons involved in an unmarried relationship constitute an historically disadvantaged group, even though the disadvantage has greatly diminished in recent years. A third characteristic sometimes associated with analogous grounds, namely distinctions founded on personal, immutable characteristics, is also present, albeit in attenuated form. While in theory, the individual is free to choose whether to marry or not to marry, in practice the reality may be otherwise. Since the essential elements necessary to engage the overarching purpose of s. 15(1) — violation of dignity and freedom, an historical group disadvantage, and the danger of stereotypical group-based decision-making — are present, discrimination is made out.

de la loi, habituellement l'État, doit établir la justification de cette discrimination conformément à l'article premier de la *Charte*. Cette façon de départager l'analyse entre le par. 15(1) et l'article premier est compatible avec la directive selon laquelle les tribunaux devraient interpréter les droits qui y sont énumérés d'une façon large et libérale, et ce sera alors à l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier qu'il faudra restreindre la protection *prima facie* ainsi accordée pour la rendre conforme aux intérêts opposés sur les plans social et législatif. Par ailleurs, l'analyse préconisée ne banalise pas le par. 15(1) en qualifiant toutes les distinctions de discriminatoires. Une preuve de la pertinence par rapport à un objectif législatif du motif énuméré ou du motif analogue qui sert de fondement à une négation d'égalité n'est qu'un facteur servant à déterminer si une distinction est discriminatoire dans le contexte social et politique de chaque cas. Considérer que la pertinence est l'indice ultime de l'absence de discrimination est problématique en ce que cela peut permettre de valider des distinctions qui iraient à l'encontre du but poursuivi par le par. 15(1), et de donner lieu à des examens qui devraient plutôt être effectués en fonction de l'article premier.

L'exclusion des partenaires non mariés comme bénéficiaires des indemnités d'assurance-accidents offertes aux partenaires mariés va à l'encontre du par. 15(1) de la *Charte*. En l'espèce, la négation du droit au même bénéfice fondée sur l'état matrimonial est établie, et l'état matrimonial est un motif de discrimination analogue au sens du par. 15(1). Premièrement, la discrimination fondée sur ce motif touche la dignité et le mérite essentiels de la personne de la même façon que d'autres motifs de discrimination reconnus vont à l'encontre de normes fondamentales en matière de droits de la personne. Deuxièmement, l'état matrimonial possède des caractéristiques souvent associées aux motifs de discrimination reconnus au par. 15(1). Les personnes qui vivent en union de fait constituent un groupe historiquement désavantagé, même si, au cours des dernières années, ce désavantage a grandement diminué. Une troisième caractéristique parfois associée à des motifs analogues — les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles immuables — existe aussi, mais sous une forme atténuée. En théorie, la personne est libre de choisir de se marier ou non, mais en pratique, la réalité pourrait bien être tout autre. Puisque l'on retrouve les éléments nécessaires à l'application de l'objectif général du par. 15(1) — la violation de la dignité et de la liberté, un désavantage historique de groupe et le risque de prise de décisions stéréotypées touchant le groupe —, la discrimination est établie.

The state has failed to demonstrate that the exclusion of unmarried members of family units from motor vehicle accident benefits is demonstrably justified in a free and democratic society. The goal or functional value of the legislation here at issue, which is to sustain families when one of their members is injured in an automobile accident, is of pressing and substantial importance. The legislative goal is not, however, rationally connected to the discriminatory distinction and the law impairs the right more than reasonably necessary to achieve that goal. Marital status is not a reasonably relevant marker of individuals who should receive benefits in the event of injury to a family member in an automobile accident, having regard to available alternative criteria and the need to minimize prejudice to anomalous cases within the group. If the issue had been viewed as a matter of defining who should receive benefits on a basis that is relevant to the goal or functional values underlying the legislation, rather than marriage equivalence, alternatives substantially less invasive of *Charter* rights might have been found. As an appropriate remedy, the new definition of "spouse" adopted in 1990, which includes heterosexual couples who have cohabited for three years or who have lived in a permanent relationship with a child, should be retroactively "read in" to the impugned legislation.

Per L'Heureux-Dubé J.: The following factors must be established by a rights claimant before the impugned distinction will be found to be discriminatory: (1) there must be a legislative distinction; (2) this distinction must result in a denial of one of the four equality rights on the basis of the rights claimant's membership in an identifiable group; and (3) this distinction must be "discriminatory" within the meaning of s. 15. Comparisons between different groups are necessary to discern the differential effect of the legislation and to assist the court in properly characterizing and identifying the groups that are relevant to the particular s. 15 inquiry at hand. The only appropriate comparison here is between married persons and unmarried persons who are in a relationship analogous to marriage, that is, a relationship of some degree of publicly acknowledged permanence and interdependence.

Here, assuming that the statutory interpretation of "spouse" as used in the relevant parts of the policy excludes unmarried couples who are cohabiting, this

Le ministère public n'a pas réussi à démontrer qu'exclure les partenaires non mariés membres d'unités familiales du droit aux indemnités d'assurance-accidents peut se justifier dans une société libre et démocratique. L'objet ou la valeur fonctionnelle de la loi en l'espèce, qui est le soutien des familles dont l'un des membres est blessé dans un accident d'automobile, est d'une importance urgente et réelle. Cependant, il n'y a pas de lien rationnel entre l'objectif de la loi et la discrimination, et la loi porte atteinte au droit plus qu'il est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre cet objectif. L'état matrimonial n'est pas une caractéristique raisonnablement pertinente permettant de déterminer qui devrait avoir droit aux indemnités dans le cas où un membre de la famille est blessé dans un accident d'automobile, compte tenu des autres critères existants et de la nécessité de réduire au minimum le préjudice causé aux cas d'anomalies au sein du groupe. Si l'on avait considéré qu'il s'agissait de déterminer quels devraient être les bénéficiaires des indemnités en fonction d'un critère pertinent relativement à l'objectif ou aux valeurs fonctionnelles sous-jacentes à la loi, plutôt que d'examiner la question du point de vue de l'équivalence du mariage, on aurait pu recourir à des solutions de rechange qui portaient beaucoup moins atteinte aux droits garantis par la *Charte*. Comme réparation appropriée, la nouvelle définition de «conjoint» adoptée en 1990, qui comprend un couple hétérosexuel dont les membres ont cohabité durant trois ans ou ont vécu dans une relation permanente avec un enfant, devrait, par «interprétation large» rétroactive, s'appliquer à la disposition attaquée.

Le juge L'Heureux-Dubé: La personne qui invoque les droits doit faire la preuve des facteurs suivants pour que la distinction attaquée puisse être considérée comme discriminatoire: (1) la loi doit créer une distinction; (2) cette distinction doit entraîner une violation de l'un des quatre droits à l'égalité, fondée sur l'appartenance de la personne qui invoque le droit à un groupe identifiable, et (3) cette distinction doit être «discriminatoire» au sens de l'art. 15. Il est nécessaire de comparer des groupes différents pour être en état, d'une part, de discerner de quelle manière l'effet du texte législatif varie et, d'autre part, d'aider le tribunal à bien qualifier et identifier les groupes qui sont pertinents relativement à l'examen fondé sur l'art. 15. La seule comparaison appropriée en l'espèce est celle de personnes mariées et de personnes non mariées dont l'union est analogue au mariage, c.-à-d. comportant une certaine permanence et une certaine interdépendance publiquement reconnues.

En l'espèce, si l'on présume que l'interprétation législative du terme «conjoint» au sens où il est utilisé dans les parties pertinentes de la police exclut les couples non

distinction is reasonably capable of either promoting or perpetuating a view amongst persons in relationships analogous to marriage that they are less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration, and is therefore discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Charter*. Discriminatory impact can be assessed by looking to the nature of both the interest and the group adversely affected by the impugned distinction. Persons in opposite-sex relationships analogous to marriage have suffered, and continue to suffer, some disadvantage, disapproval and marginalization in society, and are therefore somewhat sensitive to legislative distinctions having prejudicial effects. Nor is marriage simply a matter of individual choice. The decision of whether or not to marry can be one of the most personal decisions an individual will ever make over the course of his or her lifetime. Although certain rights and obligations follow from this choice, it does not do it justice to reduce it to a question of contract. Moreover, there are a significant number of couples in which one person wishes to be in a relationship of publicly acknowledged permanence and interdependence and the other does not. Both the courts and the legislatures have, in recent years, acknowledged and responded to the injustices that often flow from power imbalances of this type and have thereby given increasing recognition to non-traditional forms of relationships. The affected interest at issue here is the protection of family units from potentially disastrous financial consequences due to the injury of one of their members. Protection of "family" is, in turn, one of the most important interests imaginable in our society. While all injured persons are entitled to that part of their health care costs covered by their provincial medicare systems, actual health care costs may often represent only a small part of the total losses suffered as a result of injury in a motor vehicle accident when loss of income as well as pain and suffering are taken into account. Equally significant, although persons ineligible to claim from a private insurance company under the standard automobile policy may still claim for some compensation under the *Motor Vehicle Accident Claims Act*, the cost, time and difficulty of recovery by this means are significantly greater than if the person were insured by a private company. The financial consequences of these differences can be profound on a family unit, particularly if the injured party is an income-earner who has been disabled as a result of the accident. In addition, the impugned distinction categorically excludes from joint insurance cov-

mariés qui font vie commune, il est raisonnable de croire que cette distinction est susceptible de favoriser ou de perpétuer chez les personnes dont l'union est analogue au mariage l'opinion qu'elles méritent moins d'être reconnues ou valorisées en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne dignes du même intérêt, du même respect et de la même considération, et elle est en conséquence discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte*. On peut évaluer l'incidence discriminatoire en scrutant la nature de l'intérêt en question et celle du groupe lésés par la distinction attaquée. Les personnes cohabitant dans une union hétérosexuelle analogue au mariage ont subi et continuent de subir un désavantage, une désapprobation et une marginalisation dans la société, et elles sont en conséquence assez sensibles aux distinctions législatives comportant des effets préjudiciables. Le mariage n'est pas simplement une question de choix personnel. La décision de se marier ou non peut être l'une des décisions les plus personnelles qu'une personne prendra au cours de sa vie. Bien que certains droits et obligations se rattachent à ce choix, on ne saurait en toute justice le réduire à une question de contrat. En outre, il y a beaucoup de couples dans lesquels un seul des deux conjoints désire s'engager dans une union d'une certaine permanence et interdépendance, qui soit publiquement reconnue comme telle. Au cours des dernières années, tant les tribunaux que les législatures ont reconnu les injustices qui résultent souvent du déséquilibre de pouvoir de cette nature et ont pris des mesures pour y remédier, accordant ainsi une reconnaissance accrue aux unions non traditionnelles. En l'espèce, l'intérêt touché est la protection des unités familiales contre les répercussions potentiellement désastreuses d'une blessure subie par un des membres d'une telle unité. La protection de la «famille» est, d'ailleurs, l'un des intérêts les plus importants qu'on puisse imaginer dans notre société. Toute personne blessée a droit à la partie des coûts de soins de santé assurée par son régime provincial d'assurance-maladie, mais lorsque l'on tient compte de la perte de revenu ainsi que des douleurs et des souffrances, les coûts de soins de santé réels peuvent souvent ne constituer qu'une infime fraction des pertes totales subies à la suite d'une blessure dans un accident de la route. Il importe également de préciser qu'une personne qui n'a pas le droit de présenter une réclamation à une compagnie d'assurances privée en vertu de la police automobile type peut quand même demander une indemnité en vertu de la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'accidents de véhicules automobiles*; cependant, les coûts, les délais et les difficultés de recouvrement dans ce dernier cas sont beaucoup plus élevés que dans le cas d'une personne assurée par une compagnie privée. Les conséquences financières

erage all couples in a relationship analogous to marriage.

The impugned distinction cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. The objective of the standard automobile policy, which is to protect stable family units by insuring against the economic consequences that may follow from the injury of one of the members of the family, is pressing and substantial. The government has not demonstrated, however, that the impugned distinction is rationally connected to the objective of the legislation. At the time of the accident, common law spouses in Ontario were bound by an obligation of mutual support yet were excluded from a standard automobile policy whose basic purpose was almost inextricably related to that mutual obligation and to the relationship of interdependency upon which that obligation is premised. The impugned distinction also fails the minimal impairment test, since the unit the legislator has decided to protect (i.e. married persons) is underinclusive of the purpose of the legislation. Although the unit deserving of protection can be defined by marriage, it can also be defined in a workable and acceptably certain way by reference to the length of the relationship or to the existence of children, as was done here when the definition of "spouse" was amended in 1990 to include common law spouses. This new definition should be retroactively "read in" to the legislation.

Per Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Major JJ. (dissenting): The *Charter* applies to the policy since the policy's terms are prescribed by the *Insurance Act*. A breach of s. 15(1) occurs when one of the four equality rights set out therein has been infringed in a discriminatory manner. The s. 15(1) analysis involves three steps. The first looks to whether the law has drawn a distinction between the claimant and others. The second questions whether the distinction results in disadvantage, and examines whether the impugned law imposes a burden, obligation or disadvantage on a group of persons to which the claimant belongs which is not imposed on others, or does not provide them with a benefit which it grants others. It is at this second step that the direct or indirect effect of the legislation is examined. The third step assesses whether the distinction is based on an irrelevant personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or one analogous thereto. This third step thus

que ces différences entraînent peuvent être profondes sur une famille, tout particulièrement si la partie blessée, rendue inhabile à la suite de l'accident, est le gagne-pain de cette famille. De plus, la distinction attaquée exclut, de manière catégorique, tous les couples dont l'union est analogue au mariage d'une couverture d'assurance conjointe.

La distinction attaquée ne peut être sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte*. La police automobile type a un objectif urgent et réel, qui est de protéger la stabilité des unités familiales en offrant une protection contre les conséquences économiques susceptibles de découler des blessures subies par un des membres de la famille. Cependant, le gouvernement n'a pas établi que la distinction attaquée a un lien rationnel avec l'objectif de la loi. Au moment de l'accident, les conjoints de fait en Ontario étaient liés par une obligation alimentaire réciproque, mais se trouvaient exclus de la police automobile type dont l'objet fondamental était presqu'inevitablement lié à cette obligation réciproque et au rapport d'interdépendance sur lequel cette obligation est fondée. De plus, la distinction attaquée ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale puisque l'unité qu'a décidé de protéger le législateur (les personnes mariées) est trop limitative au regard de l'objet de la loi. Bien que l'unité que l'on désire protéger puisse être définie par rapport au mariage, elle peut également l'être d'une façon pratique et assez certaine en se référant à la durée de l'union ou à la présence d'enfants, comme le législateur l'a fait lorsqu'il a modifié la définition du terme «conjoint» en 1990 pour y inclure les conjoints de fait. Cette nouvelle définition devrait être insérée rétroactivement, par interprétation large, dans la loi.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et Major (dissidents): La *Charte* s'applique à la police d'assurance puisque les conditions en sont établies par la *Loi sur les assurances*. Il y a violation du par. 15(1) si l'atteinte à l'un des quatre droits à l'égalité qui y sont mentionnés est discriminatoire. L'analyse à entreprendre selon le par. 15(1) comporte trois étapes: Premièrement, il faut déterminer si la loi établit une distinction entre le demandeur et d'autres personnes. Deuxièmement, il faut se demander si la distinction donne lieu à un désavantage et examiner si le texte législatif attaqué impose à un groupe de personnes auquel appartient le demandeur des fardeaux, obligations ou désavantages non imposés à d'autres, ou le prive d'un bénéfice qu'il accorde à d'autres. C'est à cette deuxième étape que l'on examine l'effet direct ou indirect de la loi. Troisièmement, il faut déterminer si la distinction est fondée sur une caractéristique personnelle

comprises two aspects: determining the personal characteristic shared by a group and then assessing its relevancy having regard to the functional values underlying the legislation. By its very nature the s. 15(1) review rests on a comparative analysis. Context has a vital part to play in identifying the appropriate groups to be compared, determining whether prejudice flows from the distinction, and assessing the nature and relevancy of the personal characteristic upon which the distinction is drawn. More specifically, an indispensable element of the contextual approach to s. 15(1) involves an inquiry into whether a distinction rests upon or is the expression of some objective physical or biological reality, or fundamental value. This inquiry crucially informs the assessment of whether the prejudicial distinction has been drawn on a relevant basis, and therefore, whether or not that distinction is discriminatory.

Under the approach adopted by this Court in *Andrews*, the analysis under s. 15 encompasses a determination as to whether the prejudicial distinction is attributable to or on the basis of an enumerated or analogous ground. Such a ground is identified as one that is commonly used to make distinctions which have little or no rational connection with the subject matter, generally reflecting a stereotype. With respect to those grounds listed or enumerated in s. 15, distinctions drawn on such a basis are often but not necessarily always discriminatory, since they may be relevant as merely reflecting a fundamental reality or value. Relevancy is also at the heart of the identification of an analogous ground. The proper identification of such a ground requires a sensitive, contextual examination of its nature in order to determine whether it qualifies as a basis for irrelevant distinctions, and hence is an analogous ground. Once the analogous ground is identified and defined in terms of its nature and scope, any further issues as to relevance are to be examined not under s. 15 but under s. 1 together with any other issues as to justification.

Marriage is both a basic social institution and a fundamental right which states can legitimately legislate to foster. Married status, at least in our society, can only be acquired by the expression of the individual's personal, free choice, regardless of the reason for which that status is assumed. Marriage rests upon a contractual basis, to which the law attaches certain rights and obligations. The decision to marry includes the acceptance of various legal consequences incident to the institution of

non pertinente mentionnée au par. 15(1) ou sur une caractéristique analogue. Cette troisième étape comporte deux aspects: la détermination des caractéristiques personnelles propres à un groupe et l'examen de leur pertinence par rapport aux valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi. Par sa nature même, l'examen du par. 15(1) repose sur une analyse comparative. Le contexte joue un rôle indispensable lorsqu'il s'agit de définir les groupes à comparer, de déterminer si la distinction donne lieu à un préjudice et d'examiner la nature et la pertinence des caractéristiques personnelles sur lesquelles la distinction est fondée. Plus particulièrement il est indispensable dans une analyse contextuelle du par. 15(1) de se demander si une distinction repose sur une certaine réalité objective, physique ou biologique, ou sur une valeur fondamentale, ou en est l'expression. Cet examen est d'importance cruciale pour déterminer si la distinction préjudiciable a été établie à partir d'un fondement pertinent et, par conséquent, si elle est discriminatoire ou non.

Selon la méthode adoptée par notre Cour dans *Andrews*, on détermine, dans le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 15, si la distinction préjudiciable est attribuable à un motif énuméré ou à un motif analogue. Un tel motif est défini comme un motif communément utilisé pour établir des distinctions qui ont peu ou pas de lien rationnel avec la matière traitée, traduisant généralement l'existence d'un stéréotype. En ce qui concerne les motifs énumérés à l'art. 15, les distinctions ainsi fondées sont souvent discriminatoires, mais ne le seront pas nécessairement dans tous les cas. Elles peuvent n'être que le reflet d'une réalité ou valeur fondamentales et donc pertinentes. La pertinence est également au cœur même de la détermination de l'existence d'un motif analogue. Cette détermination exige une analyse délicate, et contextuelle, de la nature du motif en question afin d'établir s'il est le fondement de distinctions non pertinentes et, en conséquence, s'il constitue un motif analogue. Une fois le motif analogue établi et défini quant à sa nature et à sa portée, toute autre question de pertinence doit être examinée non pas en vertu de l'art. 15, mais en vertu de l'article premier en même temps que toute autre question de justification.

Le mariage est à la fois une institution sociale de base et un droit fondamental que les États peuvent légitimement favoriser dans les lois qu'ils adoptent. Tout au moins dans notre société, on ne peut acquérir le statut de personne mariée que par l'expression d'un choix libre et personnel, quelle qu'en soit la raison. Le mariage repose sur un fondement contractuel auquel la loi rattache certains droits et obligations. La décision de se marier emporte acceptation de diverses conséquences juri-

marriage, including the obligation of mutual support between spouses and the support and raising of children of the marriage. Where individuals choose not to marry, it would undermine the choice they have made if the state were to impose upon them the very same burdens and benefits which it imposes upon married persons. An additional element distinguishing marriage from other relationships is the commitment towards permanence accepted by the parties to the marriage contract. While the decision to marry or not is a joint choice, it is a choice nonetheless.

The insurance policy's limitation of accident benefits to married couples does not infringe s. 15 of the *Charter*. The impugned legislation draws a distinction, in that it treats married and unmarried couples in a different manner. This distinction is not prejudicial, however, when considered in the larger context of the rights and obligations uniquely and appropriately attached to marriage. Further, since the functional values underlying the legislation are relevant to marital status, marital status is not a personal characteristic which qualifies as an analogous ground. Marital status has several unique characteristics which distinguish it from the grounds enumerated in s. 15(1). In addition to resting upon a consensual, contractual basis, marriage is a status to which the legislature, as a reflection of its social policy, attaches a bundle of rights and obligations. These characteristics are not found in any of the enumerated grounds. Moreover, in contemporary society unmarried couples do not constitute a distinct group suffering from stereotypes or prejudices, although they have been the subject of such prejudices in the past. In this respect, the fostering of marriage as a social institution does not stigmatize unmarried couples nor subject them to stereotypes.

Unmarried couples are not in a situation identical to married spouses with respect to mutual support obligations. While the insurance policy clearly is concerned with economic interdependence, such interdependence is only relevant in so far as it relates to the institution of marriage. The functional value of the benefits at issue here is not to provide support for all family units living in a state of financial interdependence but rather to assist those couples who are married or, as in subsequent legislation, to assist certain prescribed couples who are in a "marriage-like" relationship. The functional value identified in this legislation, namely the support of marriage, is not itself discriminatory. Distinctions as to the scope of the institution and the benefits

diques propres à l'institution du mariage, y compris l'obligation réciproque de soutien ainsi que les aliments et l'éducation des enfants issus du mariage. Lorsque des personnes choisissent de ne pas se marier, l'État écarterait ce choix s'il leur imposait les mêmes fardeaux et avantages qu'aux personnes mariées. Le mariage se distingue également d'autres relations du fait que les parties s'engagent par contrat à établir une relation permanente. La décision de se marier ou non est un choix conjoint, mais elle demeure néanmoins un choix.

La restriction du versement des indemnités d'assurance-accidents aux couples mariés ne porte pas atteinte à l'art. 15 de la *Charte*. La loi attaquée établit une distinction en ce qu'elle traite différemment les couples mariés et les couples non mariés. Cependant, on ne peut affirmer que cette distinction est préjudiciable dans le contexte général des droits et obligations qui se rattachent en propre et de façon appropriée au mariage. De plus, puisque les valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi sont pertinentes quant à l'état matrimonial, cet état ne constitue pas une caractéristique personnelle pouvant être qualifiée de motif analogue. L'état matrimonial possède des caractéristiques uniques qui le distinguent des motifs énumérés au par. 15(1). Outre son fondement à la fois consensuel et contractuel, le mariage est aussi un état auquel, comme en témoigne sa politique sociale, le législateur rattache un ensemble de droits et obligations. Ces caractéristiques ne se trouvent dans aucun des motifs énumérés. Par ailleurs, dans la société contemporaine, les couples non mariés ne constituent pas un groupe distinct victime de stéréotypes ou de préjugés, même si cela s'est produit dans le passé. Favoriser le mariage en tant qu'institution sociale ne stigmatise pas les couples non mariés ni ne les rend victimes de stéréotypes.

Les couples non mariés ne sont pas dans une situation identique à celle des conjoints mariés en ce qui concerne les obligations réciproques de soutien. Bien que la police d'assurance s'intéresse clairement à l'interdépendance économique, cette interdépendance n'est pertinente que dans la mesure où elle se rapporte à l'institution du mariage. La valeur fonctionnelle des avantages en cause n'est pas de venir en aide à toutes les unités familiales qui vivent dans un état d'interdépendance financière, mais d'aider les couples mariés ou, comme le prévoient des lois ultérieures, de venir en aide à certains couples identifiés se trouvant dans une «union du type du mariage». La valeur fonctionnelle identifiée dans cette loi, savoir le soutien du mariage, n'est pas en soi

which attach thereto are properly the objects of legislative definition.

Just as it is within the scope of legitimate social policy for the legislature to define the scope of "marriage-like" relationships, there is no obligation on the legislature to extend all the attributes of marriage to unmarried couples. A legislature may as a matter of social policy choose whether and under what circumstances to extend some or all of the attributes of marriage to unmarried couples without running afoul of s. 15(1) of the *Charter*. The courts must be wary of second-guessing legislative social policy choices relating to the status, rights and obligations of marriage, a basic institution of our society intimately related to its fundamental values. Barring evidence of a change in these values by a clear consensus that there should be a constitutional constraint on the powers of the state to legislate in relation to marriage, the matter must remain within the scope of legitimate legislative action.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, aff'g (1986), 27 D.L.R. (4th) 600; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *United States v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Boronovsky v. Chief Rabbis of Israel*, P.D. CH [25] (1), 7; *Pettikus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519.

discriminatoire. Les distinctions relatives à la portée de l'institution et aux avantages qui s'y rattachent peuvent faire l'objet d'une définition dans la loi.

La législature peut, dans le cadre de sa politique sociale légitime, définir l'étendue des « unions du type du mariage » et elle n'est pas tenue d'accorder tous les attributs du mariage à des couples non mariés. Une législature peut, dans le cadre de sa politique sociale, choisir si elle va conférer tout ou partie des attributs du mariage aux couples non mariés, et dans quelles circonstances, sans contrecarrer le par. 15(1) de la *Charte*. Les tribunaux doivent donc se garder de prêter des intentions au législateur dans ses choix de politique sociale en matière de statut, de droits et d'obligations du mariage, institution de base de notre société étroitement liée à ses valeurs fondamentales. En l'absence de preuve de modification de ces valeurs par un consensus clair reconnaissant que la Constitution devrait limiter les pouvoirs de l'État de légiférer relativement au mariage, c'est une question qu'il faut laisser au législateur le soin de trancher.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, conf. (1986), 27 D.L.R. (4th) 600; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Boronovsky c. Chief Rabbis of Israel*, P.D. CH [25] (1), 7; *Pettikus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554.

By Gonthier J. (dissenting)

Leroux v. Co-operators General Insurance Co. (1991), 4 O.R. (3d) 609; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190 (1888); *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971); *Cleveland Board of Education v. LaFleur*, 414 U.S. 632 (1974); *Moore v. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977); *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978); *Marvin v. Marvin*, 557 P.2d 106 (1976); *Elden v. Sheldon*, 758 P.2d 582 (1988); *Beaty v. Truck Insurance Exchange*, 8 Cal.Rptr.2d 593 (1992); *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103; *Geiger v. London Monenco Consultants Ltd.* (1992), 43 C.C.E.L. 291; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38; *Norman v. Unemployment Insurance Appeals Board*, 663 P.2d 904 (1983); *Hendrix v. General Motors Corp.*, 193 Cal.Rptr. 922 (1983).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3, 8, 11(b), 15, 24(1).

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

Leroux c. Co-operators General Insurance Co. (1991), 4 O.R. (3d) 609; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Maynard c. Hill*, 125 U.S. 190 (1888); *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Skinner c. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); *Griswold c. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Loving c. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); *Boddie c. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971); *Cleveland Board of Education c. LaFleur*, 414 U.S. 632 (1974); *Moore c. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977); *Zablocki c. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978); *Marvin c. Marvin*, 557 P.2d 106 (1976); *Elden c. Sheldon*, 758 P.2d 582 (1988); *Beaty c. Truck Insurance Exchange*, 8 Cal.Rptr.2d 593 (1992); *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *Geiger c. London Monenco Consultants Ltd.* (1992), 43 C.C.E.L. 291; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38; *Norman c. Unemployment Insurance Appeals Board*, 663 P.2d 904 (1983); *Hendrix c. General Motors Corp.*, 193 Cal.Rptr. 922 (1983).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3, 8, 11(b), 15, 24(1).

Constitution Act, 1982, s. 52.
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221, art. 12.
Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3 [formerly S.O. 1986, c. 4], ss. 30, Part III, 53.
Family Law Reform Act, S.O. 1978, c. 2, s. 14.
Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, s. 9(j).
Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 218, ss. 231, 233, Schedule C.
Motor Vehicle Accident Claims Act, R.S.O. 1990, c. M.41.
 R.R.O. 1980, Reg. 535.
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 16.

Authors Cited

Freeman, Michael D. A., and Christina M. Lyon. *Cohabitation without Marriage*. Aldershot, Hants., England: Gower, 1983.
 Gibson, Dale. "Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772.
 Hafen, Bruce C. "The Constitutional Status of Marriage, Kinship, and Sexual Privacy — Balancing the Individual and Social Interests" (1983), 81 *Mich. L. Rev.* 463.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985.
 Holland, Winifred H. "Marriage and Cohabitation — Has the Time Come to Bridge the Gap?". In *Family Law: Roles, Fairness and Equality*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993. Scarborough: Carswell, 1994, 369.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 4 O.R. (3d) 623, 83 D.L.R. (4th) 766, [1991] I.L.R. ¶ 1-2770, 7 C.C.L.I. (2d) 317, affirming a judgment of Chilcott J. (1990), 71 O.R. (2d) 662, 65 D.L.R. (4th) 670, [1990] I.L.R. ¶ 1-2551, 45 C.C.L.I. 296, dismissing the appellants' action. Appeal allowed, Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Major JJ. dissenting.

Giovanna Roccamo and Mark Edwards, for the appellants.

Code des droits de la personne, 1981, L.O. 1981, ch. 53, art. 9j).
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 12.
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 16.
Family Law Reform Act, S.O. 1978, ch. 2, art. 14.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi sur l'indemnisation des victimes d'accidents de véhicules automobiles, L.R.O. 1990, ch. M.41.
Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3 [auparavant L.O. 1986, ch. 4], art. 30, partie III, 53.
Loi sur les assurances, L.R.O. 1980, ch. 218, art. 231, 233, annexe C.
 R.R.O. 1980, Reg. 535.

Doctrine citée

Freeman, Michael D. A., and Christina M. Lyon. *Cohabitation without Marriage*. Aldershot, Hants., England: Gower, 1983.
 Gibson, Dale. «Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772.
 Hafen, Bruce C. «The Constitutional Status of Marriage, Kinship, and Sexual Privacy — Balancing the Individual and Social Interests» (1983), 81 *Mich. L. Rev.* 463.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985.
 Holland, Winifred H. «Marriage and Cohabitation — Has the Time Come to Bridge the Gap?». In *Family Law: Roles, Fairness and Equality*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993. Scarborough: Carswell, 1994, 369.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 4 O.R. (3d) 623, 83 D.L.R. (4th) 766, [1991] I.L.R. ¶ 1-2770, 7 C.C.L.I. (2d) 317, qui a confirmé le jugement du juge Chilcott (1990), 71 O.R. (2d) 662, 65 D.L.R. (4th) 670, [1990] I.L.R. ¶ 1-2551, 45 C.C.L.I. 296, qui avait rejeté l'action des appelants. Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et Major sont dissidents.

Giovanna Roccamo et Mark Edwards, pour les appelants.

Catherine L. Jones and R. Cooligan, for the respondents.

Graham R. Garton, Q.C., and *James Hendry*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Rebecca Regenstreif, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Madeleine Aubé and Kathleen McNicoll, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Shawn Greenberg, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

W. Ian Binnie, Q.C., and *Lisa A. Clarkson*, counsel appearing as *amicus curiae*.

The reasons of Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Major JJ. were delivered by

GONTHIER J. (dissenting) — I have had the benefit of the reasons of Justice L'Heureux-Dubé and Justice McLachlin. I agree that the statutory interpretation of the word "spouse" in the insurance policy limits accident benefits to married couples and does not extend to unmarried couples living together. With regard to the question of whether this limitation infringes s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I respectfully disagree with their conclusion that these provisions are discriminatory. I would dismiss the appeal.

It is my position that marital status may constitute an analogous ground of discrimination under s. 15 of the *Charter*. However, in examining whether a law conforms to s. 15 in any given case, regard must be had to the nature of the analogous ground and its relevancy to the distinction that is being drawn by the legislation. Marriage is an institution entered into by choice which carries with it certain benefits and burdens. Among these is the obligation of mutual support. As I will explain below, the benefits at issue in this case are most appropriately characterized as coming within the scope of the support obligations which the law

Catherine L. Jones et R. Cooligan, pour les intimés.

Graham R. Garton, c.r., et *James Hendry*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Rebecca Regenstreif, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Madeleine Aubé et Kathleen McNicoll, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Shawn Greenberg, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

W. Ian Binnie, c.r., et *Lisa A. Clarkson*, avocats comparissant en qualité d'*amicus curiae*.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Gonthier et Major rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) — J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge L'Heureux-Dubé et ceux du juge McLachlin. Comme elles, je suis d'avis que l'interprétation du terme «conjoint» utilisé dans la police d'assurance restreint le versement des indemnités d'assurance-accidents aux couples mariés et ne vise pas les couples non mariés qui vivent ensemble. Pour ce qui est de savoir si cette restriction porte atteinte à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en toute déférence, je suis en désaccord avec leur conclusion que ces dispositions sont discriminatoires. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

À mon avis, l'état matrimonial peut constituer un motif analogue de discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte*. Cependant, pour déterminer si une loi est conforme à l'art. 15 dans un cas donné, il faut tenir compte de la nature du motif analogue et de sa pertinence relativement à la distinction établie par la loi. Le mariage est une institution dans laquelle on s'engage par choix et qui comporte certains avantages et fardeaux, dont l'obligation réciproque de soutien. Comme je l'expliquerai plus loin, les avantages en cause relèvent des obligations de soutien que la loi rattache au mariage et il y a lieu de les qualifier ainsi. Lors-

attaches to marriage. Where the legislature draws a distinction premised on a characteristic relevant to the institution of marriage, such as these support obligations, then the distinction is not discriminatory and is therefore permissible. In the case at bar, I find that the distinction drawn by the impugned provisions of the *Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 218, is relevant to the institution of marriage. Accordingly, the legislation does not infringe s. 15(1) of the *Charter*, and s. 1 need not be addressed.

I — Facts and Proceedings

3 At the outset, it should be noted that the merits of this case have not yet been heard by the lower court. The issue in this appeal as to the meaning of “spouse” under the *Insurance Act*, was raised by preliminary motion on an agreed statement of facts.

4 The appellants John Miron and Jocelyne Valliere have resided together in a common law relationship since May 1983. Miron is the father of two of the three children who have been born to Valliere. These children were born in 1981 and 1984. The respondent, the Economical Mutual Insurance Company, issued a policy of motor vehicle insurance to Valliere for the period December 12, 1986 to December 12, 1987. The terms of this policy were set by the Ontario Standard Automobile Policy as provided by the *Insurance Act*, ss. 231, 233, Schedule C, and R.R.O. 1980, Reg. 535.

5 In August 1987, Miron sustained injuries while a passenger in a motor vehicle owned by the respondent William James McIsaac, and which was driven by the respondent Richard Trudel. Neither McIsaac nor Trudel was insured. As a result, Miron claimed accident benefits for loss of income pursuant to Section B, Subsection 2, Part II of the Ontario Standard Automobile Policy incorporated in the policy issued by the respondent to Valliere. He also claimed damages pursuant to the Uninsured Motorist coverage under Section B, Subsection 3 of the same policy.

qu’une loi établit une distinction fondée sur une caractéristique propre à l’institution du mariage, telles les obligations de soutien, la distinction n’est pas discriminatoire et est en conséquence autorisée. En l’espèce, je suis d’avis que la distinction établie par les dispositions attaquées de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1980, ch. 218, est pertinente à l’institution du mariage. En conséquence, la loi ne viole pas le par. 15(1) de la *Charte* et il n’est pas nécessaire de procéder à une analyse fondée sur l’article premier.

I — Les faits et les décisions

Signalons tout d’abord que l’affaire n’a pas encore été entendue au fond en première instance. La question visée par le pourvoi — le sens du terme «conjoint» dans la *Loi sur les assurances* — a été soulevée par requête préliminaire sur exposé conjoint des faits.

Les appelants John Miron et Jocelyne Valliere résident ensemble comme conjoints de fait depuis mai 1983. Miron est le père de deux des trois enfants de Valliere, nés en 1981 et 1984. L’intimée, Economical, Compagnie Mutuelle d’Assurance, a délivré une police d’assurance automobile à Valliere pour la période commençant le 12 décembre 1986 et se terminant le 12 décembre 1987. Les conditions de cette police sont celles de l’Ontario Standard Automobile Policy, conformément à la *Loi sur les assurances*, aux art. 231 et 233, et à l’annexe C, et à son règlement d’application, R.R.O. 1980, Reg. 535.

En août 1987, Miron a subi des blessures alors qu’il était passager à bord d’un véhicule à moteur appartenant à l’intimé William James McIsaac et conduit par l’intimé Richard Trudel. Ni McIsaac ni Trudel n’étaient assurés. Miron a de ce fait réclamé une indemnité d’assurance-accidents pour perte de revenu conformément à la Section B, paragraphe 2, partie II de l’Ontario Standard Automobile Policy incorporée dans la police délivrée à Valliere par l’intimée. Il a aussi réclamé des dommages-intérêts conformément à la protection pour automobiliste non assuré prévue au chapitre B, division 3 de la police.

The respondent, the Economical Mutual Insurance Company, brought a motion to determine a question of law prior to trial, namely whether Miron was the “spouse” of Valliere for the purposes of the Section B, Subsection 2, Part II or Section B, Subsection 3 of the Ontario Standard Automobile Policy. Chilcott J., the motion judge, found that, for the purposes of the applicable portions of the policy, “spouse” meant a person who is legally married. Accordingly, Miron was found not to be a “spouse” within the meaning of those provisions of the policy, and therefore not insured under the policy.

The appellants appealed the decision to the Ontario Court of Appeal and based their argument solely upon s. 15 of the *Charter*. That argument had not been raised before the motion judge. The Court of Appeal dismissed the appeal for reasons given by the court on the same day in *Leroux v. Co-operators General Insurance Co.* (1991), 4 O.R. (3d) 609. In *Leroux*, the Court of Appeal held that there was no violation of s. 15 of the *Charter*, as marital status was not a ground of discrimination analogous to those specifically enumerated in s. 15. The Court of Appeal concluded that unmarried couples were not members of a “disadvantaged group”, nor did they constitute a “discrete and insular minority” which had suffered “social, political and legal disadvantage in our society”. The Court of Appeal also stated that the characteristic of being an “unmarried partner” did not constitute an “immutable” characteristic (pp. 620-21).

II — Relevant Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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.

L’intimée, Economical, Compagnie Mutuelle d’Assurance, a demandé par requête que soit tranchée au préalable une question de droit avant procès, savoir si Miron était le «conjoint» de Valliere au sens du chapitre B, division 2, subdivision II ou du chapitre B, division 3, de l’Ontario Standard Automobile Policy. Le juge Chilcott, qui a entendu la requête, a conclu que le terme «conjoint» signifiait une personne légalement mariée pour les fins des dispositions pertinentes de la police. En conséquence, Miron n’était pas un «conjoint» au sens de la police, et n’était pas assuré en vertu de celle-ci.

Dans leur appel en Cour d’appel de l’Ontario, les appelants ont fondé leur plaidoirie uniquement sur l’art. 15 de la *Charte*. Ce moyen n’avait pas été soulevé devant le juge des requêtes. La Cour d’appel a rejeté l’appel pour les motifs rendus le même jour dans l’arrêt *Leroux c. Co-operators General Insurance Co.* (1991), 4 O.R. (3d) 609. Dans l’arrêt *Leroux*, la Cour d’appel a statué qu’il n’y avait pas violation de l’art. 15 de la *Charte*, puisque l’état matrimonial n’était pas un motif de discrimination analogue aux motifs expressément énumérés à l’art. 15. La Cour d’appel a conclu que les couples non mariés ne faisaient pas partie d’un «groupe défavorisé», et ne constituaient pas «une minorité discrète et isolée» qui avait été désavantagée «sur les plans social, politique ou juridique dans notre société». La Cour d’appel a déclaré en outre que la caractéristique de «partenaire non marié» n’était pas une caractéristique «immuable» (aux pp. 620 et 621).

II — Les dispositions législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

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.

*Ontario Standard Automobile Policy (S.P.F. No. 1)*Section B, Subsection 2, Part II — Loss of Income

Subject to the provisions of this Part, a weekly payment for the loss of income from employment for the period during which the insured person suffers substantial inability to perform the essential duties of his occupation or employment

Section B, Special Provisions, Definitions, and Exclusions of Section B

(1) “INSURED PERSON” DEFINED

In this section, the words “insured person” mean,

. . . .

(b) the insured and, if residing in the same dwelling premises as the insured, his or her spouse and any dependent relative of either while an occupant of any other automobile; provided that,

(i) the insured is an individual or are husband and wife;

Section B, Subsection 3 — Uninsured Motorist Cover

All sums that

- (a) a person insured under the contract is legally entitled to recover from the owner or driver of an uninsured automobile or unidentified automobile as damages for bodily injuries resulting from an accident involving an automobile;
- (b) any person is legally entitled to recover from the owner or driver of an uninsured automobile or unidentified automobile as damages for bodily injury to or the death of a person insured under the contract resulting from an accident involving an automobile; and
- (c) a person insured under the contract is legally entitled to recover from the identified owner or driver of an uninsured automobile as damages for accidental damage to the insured automobile or its contents, or

Ontario Standard Automobile Policy (S.P.F. No. 1)

[TRANSLATION]

Chapitre B, division 2, subdivision II — Perte de revenu

Sous réserve des dispositions de la présente subdivision, en cas d'empêchement sérieux de la personne assurée d'accomplir les tâches essentielles à l'exercice de sa profession ou de son emploi, la présente subdivision garantit, pendant la durée de l'invalidité, le paiement d'une indemnité hebdomadaire de perte de revenu, . . .

Chapitre B, dispositions spéciales, définitions et exclusions du chapitre B

(1) DÉFINITION DE L'EXPRESSION «PERSONNE ASSURÉE»

Dans le présent chapitre, l'expression «personne assurée» s'entend:

. . . .

b) de l'assuré et, s'ils résident dans le même local d'habitation que lui, son conjoint et les parents à la charge de l'assuré ou de son conjoint dans les cas où ils sont transportés par une autre automobile, si:

(i) l'assuré est un particulier ou un couple mari et femme,

Chapitre B, division 3 — Couverture de l'automobiliste non assuré

Le paiement de toutes les sommes:

- a) qu'une personne assurée aux termes du contrat a le droit de recouvrer du propriétaire ou du conducteur d'une automobile non assurée ou non identifiée, à titre de dommages-intérêts à l'égard de lésions corporelles résultant d'un accident impliquant une automobile;
- b) qu'une personne a le droit de recouvrer du propriétaire ou du conducteur d'une automobile non assurée ou non identifiée, à titre de dommages-intérêts à l'égard de lésions corporelles subies par une personne assurée aux termes du contrat ou à l'égard du décès de celle-ci, résultant d'un accident impliquant une automobile;
- c) qu'une personne assurée aux termes du contrat a le droit de recouvrer du propriétaire ou du conducteur identifié d'une automobile non assurée, à titre de dommages-intérêts à l'égard de dommages acciden-

to both the insured automobile and its contents, resulting from an accident involving an automobile.

1. Definitions:

For the purposes of this subsection,

. . .

(b) “person insured under the contract” means,

. . .

(iii) in respect of a claim for bodily injuries or death,

. . .

b. the insured and, if residing in the same dwelling premises as the insured, his or her spouse and any dependent relative of either,

(1) while an occupant of an uninsured automobile . . . [Emphasis added.]

III — Issues

Two issues are presented in this appeal.

1. Is Miron, as a person living in a conjugal relationship outside of marriage, a “spouse” of Valliere and therefore an insured person within the meaning of Section B, Subsection 2, Part II or Section B, Subsection 3 of the Ontario Standard Automobile Policy?

2. In the alternative, do the provisions of Section B, Subsection 2, Part II or Section B, Subsection 3 of the Ontario Standard Automobile Policy infringe s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, are the provisions justified under s. 1 of the *Charter*?

As I indicated above, I agree with my colleague McLachlin J.’s reasons with regard to the statutory interpretation of the word “spouse” as being limited to married couples. Therefore, my analysis will focus on the second question.

The application of the *Charter* to this private contract is not contested by the parties. It is com-

tels causés à l’automobile assurée ou à son contenu, résultant d’un accident impliquant une automobile.

1. Définitions:

Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente division:

. . .

b) «personne assurée aux termes du contrat» S’entend:

. . .

(iii) dans le cas d’une demande relative à des lésions corporelles ou à un décès:

. . .

b. de l’assuré et, s’ils résident dans le même local d’habitation que l’assuré, de son conjoint et de leurs parents à charge:

(1) soit pendant qu’ils se trouvent dans une automobile non assurée, . . . [Je souligne.]

III — Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève deux questions.

1. En tant que personne vivant en union conjugale hors mariage, Miron est-il le «conjoint» de Valliere et, en conséquence, une personne assurée au sens du chapitre B, division 2 ou du chapitre B, division 3 de l’Ontario Standard Automobile Policy?

2. Subsidiairement, les dispositions du chapitre B, division 2, subdivision II ou du chapitre B, division 3 de l’Ontario Standard Automobile Policy vont-elles à l’encontre de l’art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l’affirmative, ces dispositions se justifient-elles en vertu de l’article premier de la *Charte*?

Comme je l’ai indiqué, je suis d’accord avec ma collègue le juge McLachlin pour dire qu’aux fins de l’interprétation législative, le terme «conjoint» ne vise que les couples mariés. En conséquence, mon analyse portera sur la seconde question.

Les parties ne contestent pas l’application de la *Charte* à ce contrat privé. Il est constant que la

8

9

10

mon ground that the *Charter* applies to the insurance policy since the terms of the policy are prescribed by the *Insurance Act*, ss. 231 and 233 and Schedule C.

Charte s'applique à la police d'assurance puisque les conditions en sont établies par la *Loi sur les assurances*, art. 231 et 233, et annexe C.

11 Needless to say, the interpretation that will be given to s. 15 of the *Charter* by this Court will not simply add judicial gloss to what is the equivalent of ordinary legislation subject to amendment by the Legislature, but rather, will establish what the Legislature can or must do under the Constitution thereby constraining its powers. As McIntyre J. stated in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 175:

Il va sans dire que l'interprétation que notre Cour donnera à l'art. 15 de la *Charte* ne fera pas que confirmer judiciairement un texte équivalent à une loi ordinaire susceptible d'être modifiée par la législature, mais déterminera plutôt ce que la législature peut ou doit faire en vertu de la Constitution, restreignant ainsi ses pouvoirs. Comme le juge McIntyre l'affirme dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 175:

Both the enumerated grounds themselves and other possible grounds of discrimination recognized under s. 15(1) must be interpreted in a broad and generous manner, reflecting the fact that they are constitutional provisions not easily repealed or amended but intended to provide a "continuing framework for the legitimate exercise of governmental power" and, at the same time, for "the unremitting protection" of equality rights . . . [Emphasis added.]

Les motifs énumérés eux-mêmes et les autres motifs possibles de discrimination reconnus au par. 15(1) doivent, dans les deux cas, recevoir une interprétation large et libérale de manière à refléter le fait qu'il s'agit de dispositions constitutionnelles qu'il n'est pas facile d'abroger ou de modifier, mais qui visent à fournir un «cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale» et, par la même occasion, à «la protection constante» des droits à l'égalité . . . [Je souligne.]

I stress this obvious fact, however, because as I see the matter, this case is ultimately about the ambit of legitimate legislative choice in defining the attributes of a fundamental social institution, namely the rights and obligations attached to marriage. This Court should be cautious in labelling as discriminatory laws which simply seek to define the rights and obligations of married persons differently from those who choose to cohabit outside of marriage.

J'insiste toutefois sur ce fait évident parce que, à mon sens, le présent pourvoi porte en dernière analyse sur l'étendue de la faculté de choisir que le législateur peut légitimement exercer lorsqu'il définit les attributs d'une institution sociale fondamentale, en l'occurrence les droits et obligations qui se rattachent au mariage. Notre Cour se doit d'être prudente avant de qualifier de discriminatoire des lois qui visent simplement à définir d'une façon différente les droits et obligations des personnes mariées et ceux des personnes qui choisissent de cohabiter en dehors des liens du mariage.

IV — Analysis

IV — Analyse

A. General Principles Applicable to Section 15 of the Charter

A. Les principes généraux applicables à l'art. 15 de la Charte

12 It has been firmly established by this Court that not all distinctions infringe s. 15 of the *Charter*. A breach of s. 15 occurs only when one of the four equality rights set out therein has been infringed in a discriminatory manner. McIntyre J. outlined in

Notre Cour a clairement établi que les distinctions ne sont pas toutes contraires à l'art. 15 de la *Charte*. La violation de l'art. 15 survient seulement si l'atteinte à l'un des quatre droits à l'égalité qui y sont mentionnés est discriminatoire. Dans l'arrêt

Andrews, supra, at pp. 174-75, the concept of discrimination in the following words:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

The analysis to be undertaken under s. 15(1) of the *Charter* involves three steps. The first step looks to whether the law has drawn a distinction between the claimant and others. The second step then questions whether the distinction results in disadvantage, and examines whether the impugned law imposes a burden, obligation or disadvantage on a group of persons to which the claimant belongs which is not imposed on others, or does not provide them with a benefit which it grants others (*Andrews, supra*). It is at this second step that the direct or indirect effect of the legislation is examined.

The third step assesses whether the distinction is based on an irrelevant personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or one analogous thereto. As McIntyre J. emphasized in *Andrews, supra*, at p. 165, s. 15(1) seeks to eliminate differences based on irrelevant personal characteristics:

In other words, the admittedly unattainable ideal [of equality] should be that a law expressed to bind all should not because of irrelevant personal differences have a more burdensome or less beneficial impact on one than another.

In his separate concurring reasons, La Forest J. agreed that discrimination exists where distinctions

Andrews, précité, aux pp. 174 et 175, le juge McIntyre formule en ces termes la notion de discrimination:

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

L'analyse à entreprendre selon le par. 15(1) de la *Charte* comporte trois étapes. Premièrement, il faut déterminer si la loi établit une distinction entre le demandeur et d'autres personnes. Deuxièmement, il faut se demander si la distinction donne lieu à un désavantage et examiner si le texte législatif attaqué impose à un groupe de personnes auquel appartient le demandeur des fardeaux, obligations ou désavantages non imposés à d'autres, ou le prive d'un bénéfice qu'il accorde à d'autres (*Andrews, précité*). C'est à cette deuxième étape que l'on examine l'effet direct ou indirect de la loi.

Troisièmement, il faut déterminer si la distinction est fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente mentionnée au par. 15(1) ou sur une caractéristique analogue. Comme le juge McIntyre le souligne dans *Andrews, précité*, à la p. 165, le par. 15(1) cherche à éliminer les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles non pertinentes:

En d'autres termes, selon cet idéal [d'égalité] qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre.

Dans des motifs concordants distincts, le juge La Forest reconnaît qu'il y a discrimination lors-

13

14

are drawn “on the basis of ‘irrelevant personal differences’ such as those listed in s. 15 and, traditionally, in human rights legislation” (*Andrews, supra*, at p. 193). The ingredient of the relevancy of the personal characteristic was also emphasized as going to the essential core of this Court’s s. 15 jurisprudence by Professor Dale Gibson in his article “Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772, at p. 780.

que des distinctions sont fondées sur «des «différences personnelles non pertinentes» comme celles qui sont énumérées à l’art. 15 et qui se retrouvent traditionnellement dans les lois sur les droits de la personne» (*Andrews, précité*, à la p. 193). Dans son article «Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772, à la p. 780, le professeur Dale Gibson souligne également que la question de la pertinence des caractéristiques personnelles est au cœur des décisions de notre Cour sur l’art. 15.

15

This third step thus comprises two aspects: determining the personal characteristic shared by a group and then assessing its relevancy having regard to the functional values underlying the legislation. On the first aspect of the third step of the s. 15(1) analysis, the individual’s membership in a group is an essential condition, while idiosyncrasies unrelated to membership in a group do not give rise to discrimination. However, the notion of a “group” should not be confused with the concept of a “disadvantaged group” which refers to a “discrete and insular minority” which has suffered from political, historical or legal disadvantage: *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1333. The identification of such a disadvantaged group in our society can serve as a meaningful indicium of discrimination, that is, it may help to identify the existence of a disadvantage attributable to an irrelevant personal characteristic. However, I agree with McLachlin J. that membership in such a disadvantaged group is not an essential precondition for bringing a claim under s. 15 of the *Charter*. The second aspect of the third step, that of assessing relevancy, looks to the nature of the personal characteristic and its relevancy to the functional values underlying the law. Of course, the functional values underlying the law may themselves be discriminatory. Such will be the case where the underlying values are irrelevant to any legitimate legislative purpose. Relevancy is assessed by reference to a ground enumerated in s. 15 or one analogous thereto. I will return to this aspect of the analysis below.

La troisième étape comporte deux aspects: la détermination de la caractéristique personnelle propre à un groupe et l’examen de sa pertinence par rapport aux valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi. En ce qui concerne le premier aspect de la troisième étape de l’analyse fondée sur le par. 15(1), l’appartenance à un groupe est une condition essentielle tandis que les particularités non liées à l’appartenance à un groupe n’entraînent pas de discrimination. Toutefois, la notion de «groupe» ne devrait pas être confondue avec le concept de «groupe défavorisé» qui s’entend d’une «minorité discrète et isolée» désavantagée sur les plans social, politique ou juridique: *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1333. L’identification d’un groupe défavorisé dans notre société peut constituer un indice utile de discrimination, en ce sens qu’elle peut servir à cerner l’existence d’un désavantage attribuable à une caractéristique personnelle non pertinente. Cependant, je suis d’accord avec le juge McLachlin pour dire que l’appartenance à un groupe défavorisé n’est pas une condition préalable essentielle à une réclamation fondée sur l’art. 15 de la *Charte*. Le second aspect de la troisième étape, l’évaluation de la pertinence, concerne la nature de la caractéristique personnelle et sa pertinence quant aux valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi. Bien entendu, ces valeurs fonctionnelles peuvent elles-mêmes être discriminatoires. Ce sera le cas lorsque les valeurs sous-jacentes n’ont aucun rapport avec une fin législative légitime. La pertinence est examinée en fonction d’un motif énuméré à l’art. 15 ou d’un motif analogue. Je reviens plus loin sur cet aspect de l’analyse.

(1) The Importance of Context to the Comparative Analysis Under Section 15 of the Charter

Throughout the s. 15(1) analysis, to paraphrase Iacobucci J. in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 754, one must necessarily undertake a form of comparative analysis in order to determine whether particular facts give rise to inequality. This proposition was enunciated by McIntyre J. in *Andrews, supra*, at p. 164, in the following terms:

[Equality] is a comparative concept, the condition of which may only be attained or discerned by comparison with the condition of others in the social and political setting in which the question arises. It must be recognized at once, however, that every difference in treatment between individuals under the law will not necessarily result in inequality and, as well, that identical treatment may frequently produce serious inequality.

In *R. v. Turpin, supra*, at pp. 1331-32, Wilson J. explained how this comparative analysis is linked to the examination of the larger context. In her words:

In determining whether there is discrimination on grounds relating to the personal characteristics of the individual or group, it is important to look not only at the impugned legislation which has created a distinction that violates the right to equality but also to the larger social, political and legal context. . . . Accordingly, it is only by examining the larger context that a court can determine whether differential treatment results in equality or whether, contrariwise, it would be identical treatment which would in the particular context result in inequality or foster disadvantage.

Thus, Wilson J.'s words stress the importance of a contextual approach in order to prevent the s. 15 analysis from becoming a mechanical and sterile categorization process. This admonition was most memorably issued by Dickson J., as he then was, in the landmark case of *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, where he stated that "the *Charter* was not enacted in a vacuum" and it must "be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts". Context is indispensable to identifying the appropriate groups

(1) L'importance du contexte dans l'analyse comparative en vertu de l'art. 15 de la Charte

Aux fins du par. 15(1), pour paraphraser le juge Iacobucci dans l'arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, à la p. 754, il faut nécessairement entreprendre une forme d'analyse comparative pour déterminer si des faits donnés entraînent l'inégalité. Cette proposition a été formulée par le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, précité, à la p. 164:

[L'égalité] est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée. Il faut cependant reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités.

Dans l'arrêt *R. c. Turpin*, précité, aux pp. 1331 et 1332, le juge Wilson explique comment cette analyse comparative se rattache à l'examen du contexte général, et je cite:

Pour déterminer s'il y a discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, il importe d'examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une distinction contraire au droit à l'égalité, mais aussi d'examiner l'ensemble des contextes social, politique et juridique. [. . .] En conséquence, ce n'est qu'en examinant le contexte général qu'une cour de justice peut déterminer si la différence de traitement engendre une inégalité ou si, au contraire, l'identité de traitement engendre, à cause du contexte particulier, une inégalité ou présente un désavantage.

Le juge Wilson fait donc ressortir qu'il importe de recourir à la méthode contextuelle pour empêcher que l'analyse fondée sur l'art. 15 ne devienne un processus de classification mécanique et stérile. Cette mise en garde avait été exprimée de façon remarquable par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt de principe *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, lorsqu'il a affirmé que «la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte» et qu'«elle doit être située dans ses contextes linguistique, philoso-

16

17

18

to be compared, to determining whether prejudice flows from the distinction, and to assessing the nature and relevancy of the personal characteristic upon which the distinction is drawn. In sum, the larger context importantly informs all stages of the analysis and ensures that it is not narrowly restricted to the “four corners of the impugned legislation” (to use the words of Wilson J. in *Turpin*, *supra*, at p. 1332).

phique et historique appropriés». Le contexte joue un rôle indispensable lorsqu’il s’agit de définir les groupes à comparer, de déterminer si la distinction donne lieu à un préjudice et d’examiner la nature et la pertinence des caractéristiques personnelles sur lesquelles la distinction est fondée. En somme, le contexte général est important à toutes les étapes de l’analyse et permet de faire en sorte qu’elle ne «dépendra [pas] exclusivement du texte de loi contesté» (pour citer le juge Wilson dans l’arrêt *Turpin*, précité, à la p. 1332).

¹⁹ More specifically, an indispensable element of the contextual approach to s. 15(1) involves an inquiry into whether a distinction rests upon or is the expression of some objective physical or biological reality, or fundamental value. This inquiry crucially informs the assessment of whether the prejudicial distinction has been drawn on a relevant basis, and therefore, whether or not that distinction is discriminatory.

Plus particulièrement il est indispensable dans le cadre d’une analyse contextuelle du par. 15(1) de se demander si une distinction repose sur une certaine réalité objective, physique ou biologique, ou sur une valeur fondamentale, ou en est l’expression. Cet examen est d’importance cruciale pour déterminer si la distinction préjudiciable a été établie à partir d’un fondement pertinent et, par conséquent, si elle est discriminatoire ou non.

²⁰ For example, in *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906, at pp. 928-29, this Court held that the legitimacy of distinctions drawn on the basis of sex in the context of the criminal law will depend on the nature of the offence in issue. In that case, s. 146(1) of the *Criminal Code* made it an offence for a man to have sexual intercourse with a female under the age of 14 who was not his wife. In finding that the legislation did not infringe s. 15(1), the Court was careful to consider the offence in the appropriate context by taking into account certain fundamental biological realities, namely the fact that only men can commit the proscribed act. This Court took a similar approach in *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872, where a male prison inmate challenged the constitutionality of frisk searching and patrolling conducted in male prisons by female guards. The appellant argued that the practice was discriminatory since female inmates were not also subject to cross-gender frisk searches. Speaking for the Court, La Forest J. stated that the different treatment of male and female inmates does not necessarily amount to discrimination. As he explained (at p. 877), “[g]iven the historical, biological and sociological differences between men and women, equality does not

Par exemple, dans l’arrêt *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906, aux pp. 928 et 929, notre Cour a statué que le caractère légitime des distinctions fondées sur le sexe dans le contexte du droit criminel dépend de la nature de l’infraction en cause. Était contesté dans cette affaire le par. 146(1) du *Code criminel* qui érigeait en infraction le fait pour un homme d’avoir des rapports sexuels avec une femme de moins de 14 ans qui n’est pas son épouse. Lorsqu’elle a conclu que la disposition ne contrevenait pas au par. 15(1), notre Cour a pris soin d’examiner l’infraction dans son contexte approprié en tenant compte de certaines réalités biologiques, notamment le fait que seulement des hommes peuvent commettre l’acte interdit. Notre Cour a adopté une analyse similaire dans l’arrêt *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872: le cas d’un détenu qui contestait la constitutionnalité des fouilles par palpation et des rondes de surveillance effectuées par des gardiens de sexe féminin dans des prisons pour hommes. L’appelant soutenait que la pratique était discriminatoire puisque les femmes n’étaient pas soumises à des fouilles par palpation par des personnes du sexe opposé. Au nom de notre Cour, le juge La Forest a précisé que le traitement différent des

demand that practices which are forbidden where male officers guard female inmates must also be banned where female officers guard male inmates". In both *Hess, supra*, and *Weatherall, supra*, this Court found that distinctions drawn on the basis of relevant biological differences between the sexes do not necessarily constitute discrimination.

Like biological realities, fundamental values may also be critical to an appreciation of the appropriate context in which to conduct an analysis of s. 15(1). For example, in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 278, to support a finding of discrimination under s. 15(1), La Forest J. approvingly quoted from *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 368, that employment is "one of the most fundamental aspects in a person's life". He held that a restriction on employment under the mandatory retirement policies of the respondent universities imposed a burden on the basis of the irrelevant personal difference of age and, hence, was discriminatory (at p. 278).

Finally, it is worth stressing that a contextual analysis may lead to fundamentally different assessments as to whether distinctions drawn on the basis of the same ground will amount to discrimination. In other words, depending on the context, the same ground may be discriminatory with respect to certain classes of distinction but not with respect to others. For example, this Court recognized in *R. v. Turpin, supra*, that while province of residence was not a ground of discrimination under the applicable legislative scheme in that case, it was nevertheless possible that in different circumstances a distinction based on province of resi-

détenus de sexe masculin et de sexe féminin n'est pas nécessairement discriminatoire. Comme il l'explique (à la p. 877), «[c]ompte tenu des différences historiques, biologiques et sociologiques entre les hommes et les femmes, l'égalité n'exige pas que les pratiques qui sont interdites lorsque des gardiens du sexe masculin sont affectés à la garde de femmes détenues soient également interdites lorsque des agents du sexe féminin sont affectés à la garde d'hommes détenus». Dans les arrêts *Hess* et *Weatherall*, précités, notre Cour a statué que des distinctions fondées sur des différences biologiques pertinentes entre les sexes ne sont pas nécessairement discriminatoires.

Tout comme les réalités biologiques, les valeurs fondamentales peuvent également jouer un rôle essentiel dans l'examen du contexte approprié à l'analyse du par. 15(1). Par exemple, dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 278, pour conclure à l'existence de discrimination en vertu du par. 15(1), le juge La Forest a cité, en l'approuvant, le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 368, et a affirmé que l'emploi est «l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne». Il conclut ensuite qu'une restriction à l'emploi découlant des politiques des universités intimées en matière de retraite obligatoire était discriminatoire puisqu'elle imposait un fardeau fondé sur la caractéristique personnelle non pertinente de l'âge (à la p. 278).

Enfin, il importe de souligner qu'une analyse contextuelle peut mener à des conclusions fondamentalement différentes quant à savoir si des distinctions fondées sur le même motif sont discriminatoires. En d'autres termes, selon le contexte, le même motif peut être discriminatoire relativement à certaines catégories de distinction, mais ne pas l'être relativement à d'autres. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Turpin*, précité, notre Cour a reconnu que la province de résidence n'était pas un motif de discrimination en vertu de la loi applicable en l'espèce mais qu'il était néanmoins possible qu'une distinction fondée sur la province de rési-

21

22

dence could be discriminatory. In the words of Wilson J., at p. 1333:

I would not wish to suggest that a person's province of residence or place of trial could not in some circumstances be a personal characteristic of the individual or group capable of constituting a ground of discrimination. I simply say that it is not so here.

In the same vein, in *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, Lamer C.J. dismissed the suggestion that the existence of a parallel system of military justice discriminated against members of the Armed Forces, but nevertheless added the following important caveat (at p. 311):

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*. [Emphasis in original.]

In short, a sensitive, contextual approach is essential in determining whether distinctions drawn on the basis of a particular ground are discriminatory in any given case. Differently put, context is indispensable in helping to determine whether a given basis of distinction is a discriminatory ground for certain classes of cases but not for others.

(2) Relevance and this Court's "Enumerated and Analogous Grounds" Approach to Section 15 in *Andrews*

dence soit, dans des circonstances différentes, discriminatoire. Le juge Wilson s'exprime ainsi, à la p. 1333:

Je ne veux pas dire que la province de résidence d'une personne ou le lieu du procès ne pourraient pas, dans des circonstances particulières, être une caractéristique personnelle d'un individu ou d'un groupe d'individus susceptible de constituer un motif de discrimination. Je dis simplement que ce n'est pas le cas en l'espèce.

Dans le même ordre d'idées, le juge en chef Lamer, dans l'arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, a rejeté la proposition selon laquelle l'existence d'un système parallèle de justice militaire était discriminatoire à l'égard des membres des Forces armées, ajoutant néanmoins cette importante mise en garde (à la p. 311):

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'appelant n'a rien à gagner en invoquant l'art. 15 de la *Charte*. [Souligné dans l'original.]

En bref, l'évaluation du caractère discriminatoire de distinctions fondées sur un motif particulier, dans une situation donnée, exige une méthode souple qui tienne compte du contexte. Autrement dit, le contexte est un élément indispensable lorsqu'il s'agit de déterminer si un motif donné de distinction est discriminatoire dans certaines catégories de cas, mais ne l'est pas dans d'autres.

(2) La pertinence et l'analyse de l'art. 15 fondée sur les «motifs énumérés et analogues» selon l'arrêt *Andrews*

Comme je l'ai déjà indiqué, la question de la pertinence d'une distinction donnée est au cœur de l'analyse selon l'art. 15. Une distinction par ailleurs préjudiciable mais fondée sur un motif perti-

As I noted above, a concern for whether a given distinction is drawn on a relevant basis is at the core of the analysis under s. 15. An otherwise prejudicial distinction drawn on a relevant basis is not

discriminatory. In determining what constitutes such a relevant basis for distinction, this Court in *Andrews, supra*, adopted the so-called “enumerated and analogous grounds” approach to discrimination. Under this approach, the analysis under s. 15 of the *Charter* encompasses a determination as to whether the prejudicial distinction is attributable to or on the basis of an enumerated or analogous ground. Such a ground is identified as one that is commonly used to make distinctions which have little or no rational connection with the subject matter, generally reflecting a stereotype.

With respect to those grounds listed or enumerated in s. 15, distinctions drawn on such a basis are often but not necessarily always discriminatory, since they may be relevant as merely reflecting a fundamental reality or value. As I noted above, in *Hess, supra*, and *Weatherall, supra*, this Court found that distinctions drawn on the basis of the enumerated ground of sex but relevant as reflecting certain biological realities are not discriminatory.

Relevancy is also at the heart of the identification of an analogous ground. The proper identification of such a ground requires a sensitive, contextual examination of its nature in order to determine whether it qualifies as a basis for irrelevant distinctions, and hence is an analogous ground. But as I pointed out above, a contextual analysis also serves to understand the nature of the ground and determine in what respect it so qualifies. It may be that a given ground is analogous in certain respects but not others. As in the case of enumerated grounds, the distinction being drawn may simply reflect certain biological or physical realities or fundamental values which are in themselves relevant. Certain distinctions may be inherently connected to the ground, indeed come within the scope of its definition and, by that very fact, may be relevant regardless of circumstances and incapable of grounding discrimination.

nent n'est pas discriminatoire. Pour déterminer ce qui constitue un motif pertinent de distinction, notre Cour a abordé la question de la discrimination, dans l'arrêt *Andrews*, précité, selon ce qu'on a appelé la méthode des «motifs énumérés et analogues». Selon cette méthode, on détermine, dans le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 15 de la *Charte*, si la distinction préjudiciable est attribuable à un motif énuméré ou à un motif analogue. Un tel motif est défini comme un motif communément utilisé pour établir des distinctions qui ont peu ou pas de lien rationnel avec la matière traitée, traduisant généralement l'existence d'un stéréotype.

En ce qui concerne les motifs énumérés à l'art. 15, les distinctions ainsi fondées sont souvent discriminatoires, mais ne le seront pas nécessairement dans tous les cas. Elles peuvent n'être que le reflet d'une réalité ou valeur fondamentales et donc pertinentes. Comme je l'ai déjà fait remarquer, dans les arrêts *Hess* et *Weatherall*, précités, notre Cour a conclu que ne sont pas discriminatoires des distinctions qui sont fondées sur le motif énuméré du sexe, mais qui sont pertinentes en ce qu'elles traduisent certaines réalités biologiques.

La pertinence est également au cœur même de la détermination de l'existence d'un motif analogue. Cette détermination exige une analyse délicate, et contextuelle, de la nature du motif en question afin d'établir s'il est le fondement de distinctions non pertinentes et, en conséquence, s'il constitue un motif analogue. Cependant, comme je l'ai déjà fait remarquer, une analyse contextuelle permet aussi de comprendre la nature du motif et de déterminer en quoi il peut constituer un tel motif. Il se peut qu'un motif donné soit analogue à certains égards, mais ne le soit pas à d'autres. Comme dans le cas des motifs énumérés, la distinction établie peut tout simplement tenir compte de certaines réalités biologiques ou physiques ou de valeurs fondamentales qui sont en soi pertinentes. Certaines distinctions peuvent être intrinsèquement liées au motif, voire même comprises dans sa définition et, de ce fait, être pertinentes indépendamment des circonstances, donc incapables de donner lieu à discrimination.

24

25

- 26 As I develop below, marital status is an example of a ground which, while analogous in certain respects, cannot be so with respect to those attributes and effects which serve to define marriage itself, which include the rights and obligations necessarily incident to the institution, and distinguish it from a state of absence of marriage. This is so, as marriage in itself is not discriminatory as it is a matter of choice and a basic institution of society.
- 27 To the extent, then, that a law in any given case mirrors or reflects a distinction drawn on such a basis that is relevant to its functional values which are not themselves discriminatory, the distinction drawn by the law will not be discriminatory. In the absence of such a relevant basis, the ground in issue is properly qualified as one analogous to those enumerated in s. 15 and a distinction based on it will be discriminatory and infringe s. 15.
- 28 I should also emphasize that the approach to s. 15 in these reasons in no way departs from this Court's approach in *Andrews, supra*, and in subsequent jurisprudence. My concern has only been to clarify a qualification which must be made in the application of the analogous grounds approach, a qualification which merely calls for a heightened sensitivity to the nature of the ground in issue in any given case, and a recognition that a ground which may be the basis of discrimination in one context may be innocuous in another.
- 29 Parenthetically, I note that a recognition of the need for sensitivity to the context in a s. 15(1) analysis is also a complete response to my colleague McLachlin J.'s concern that a focus on relevance alone is not sufficient in all cases to address whether a charge of discrimination has been proven. Surely, if both the larger context and the varieties of context are kept firmly in mind in assessing the nature of an analogous or enumerated ground, then there can be no danger that the par-
- Comme je l'explique plus loin, l'état matrimonial est un exemple de motif qui est analogue à certains points de vue, mais qui ne peut l'être à l'égard des attributs et des effets qui servent à définir le mariage lui-même, dont notamment les droits et obligations nécessairement accessoires à l'institution, et qui le distinguent de l'absence de mariage. Il en est ainsi parce que le mariage en soi n'est pas discriminatoire puisqu'il résulte d'un choix et qu'il est une institution fondamentale de la société.
- Dans la mesure où, dans un cas donné, une loi reflète ou traduit une distinction de cette nature qui soit pertinente aux valeurs fonctionnelles de la loi, lesquelles ne sont pas elles-mêmes discriminatoires, la distinction établie par cette loi n'est pas discriminatoire. S'il n'y a pas cette pertinence, le motif en question est alors retenu à juste titre comme motif analogue aux motifs énumérés à l'art. 15, et la distinction fondée sur ce motif sera discriminatoire et contraire à cet article.
- Je tiens également à souligner que l'analyse fondée sur l'art. 15 en l'espèce ne s'écarte nullement de l'analyse que notre Cour a adoptée dans l'arrêt *Andrews*, précité, et dans les arrêts qui ont suivi. Je ne fais que clarifier une réserve qu'il faut faire dans l'application de l'analyse fondée sur les motifs analogues, réserve qui exige simplement une analyse plus précise de la nature du motif en cause dans le cas étudié et la reconnaissance qu'un motif susceptible de constituer le fondement d'une discrimination dans un contexte peut être inoffensif dans un autre.
- Je note, entre parenthèses, que la reconnaissance de la nécessité de tenir compte du contexte dans une analyse fondée sur le par. 15(1) constitue également une réponse complète à la préoccupation de ma collègue le juge McLachlin selon laquelle mettre l'accent sur la seule pertinence ne suffit pas dans tous les cas pour déterminer si une allégation de discrimination a été prouvée. La prise en compte véritable tant du contexte global que des divers contextes particuliers dans l'appréciation de

pose of the equality guarantees will somehow be eclipsed or overlooked in a relevance approach to s. 15. Indeed, a criterion defined in terms of stereotype based on presumed group characteristics, rather than on the basis of merit, capacity or circumstances, is but an elaboration of the concept of relevance.

Nor, in my opinion, does recognition of the essential role of relevance under s. 15 raise the spectre of superficial biological differences reemerging as a justification for sexual discrimination, as had been countenanced by this Court's decision in *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183. The lesson to be learned from *Bliss* is most emphatically not that a court should never sustain legislative distinctions on the basis of relevant biological differences between the sexes. If that were the case, then the state would, for example, be barred under s. 15 of the *Charter* from providing pregnant women with financial assistance for the purpose of assisting them to maintain their own and their child's physical well-being during the pregnancy, which would be absurd. I would venture to say, without any hesitation, that a distinction drawn on the basis of such a fundamental biological reality would be laudable as well as relevant. No, the lesson to be drawn from *Bliss* is rather that discrimination analysis must be conducted with a view to the larger context. Only then can a court sensibly separate biological differences which are normatively relevant and hence benign, from those which are irrelevant and thus discriminatory. This Court was thus properly mindful of broadening the appropriate context in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, at p. 1237, when it overturned *Bliss* and recognized that exclusion of pregnancy from coverage under an employer benefit plan for compensation of employees unable to work for health-related reasons was "untenable", being irrelevant to the purpose of the plan, as pregnancy is such a valid health-related reason. It was therefore discrimination and also discrimination on the basis of sex. The Court rightly pointed out that while nature endowed only one of the sexes with the ability to

la nature d'un motif analogue ou d'un motif énuméré, écarte, bien sûr, toute possibilité que le but des garanties d'égalité soit d'une certaine façon éclipsé ou ignoré dans le cadre d'une analyse selon l'art. 15 fondée sur la pertinence. En fait, un critère défini en termes de stéréotype fondé sur des caractéristiques de groupe présumées, plutôt que sur le mérite, la capacité ou la situation, n'est qu'une élaboration du concept de la pertinence.

À mon avis, la reconnaissance du rôle essentiel de la pertinence dans le cadre de l'art. 15 ne suscite pas non plus le risque que des différences biologiques superficielles soient de nouveau invoquées pour justifier la discrimination sexuelle, ce qui avait été entériné par la décision de notre Cour dans *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183. La leçon qu'il faut tirer de cet arrêt n'est certes pas qu'un tribunal ne devrait jamais reconnaître des distinctions législatives fondées sur des différences biologiques pertinentes entre les sexes. Si c'était le cas, l'art. 15 de la *Charte* ferait en sorte que l'État ne pourrait pas, par exemple, accorder aux femmes enceintes une aide financière leur permettant de veiller à leur bien-être physique et à celui de leur enfant pendant la grossesse, ce qui serait absurde. Je dirais, sans hésitation, qu'une telle distinction fondée sur une réalité biologique aussi fondamentale serait aussi louable que pertinente. La leçon qu'il faut tirer de l'arrêt *Bliss* est plutôt qu'une analyse de la discrimination doit viser le contexte global. Ce n'est qu'ainsi qu'un tribunal peut distinguer, de façon sensée, les différences biologiques qui sont pertinentes sur le plan normatif et, partant, bénignes, de celles qui ne sont pas pertinentes et, par conséquent, discriminatoires. C'est donc avec raison que notre Cour a pris soin d'élargir le contexte approprié dans l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, à la p. 1237, lorsqu'elle a écarté l'arrêt *Bliss* et reconnu que le fait d'exclure la grossesse de la protection d'un régime d'avantages sociaux d'un employeur visant à indemniser les employés empêchés de travailler pour motif de santé était «indéfendable», parce que contraire au but du régime, puisque la grossesse est un motif de santé valable. Il s'agissait donc de discrimination et de discrimination fondée sur le sexe. La Cour, à bon

bear children, a facile reliance on this fact would result in placing the major cost of procreation entirely on women.

(3) Relevance under Section 15(1) and its Relationship to Reasonableness under Section 1

31 Before addressing the application of s. 15(1) of the *Charter* to the facts of this case, I think it is important to clarify the relationship between the requirement of relevance under s. 15(1) of the *Charter* and that of reasonableness under s. 1. It should be emphasized that determining the relevancy of a distinction does not amount to importing under s. 15(1) the principles of justification found within s. 1 of the *Charter*. This approach is appropriately mindful, then, of the caution which Wilson J. issued in *Turpin, supra*, at p. 1328, that “[t]he equality rights must be given their full content divorced from justificatory factors properly considered under s. 1”.

32 Fundamentally, s. 15(1) is concerned with the relevancy of distinctions. Relevancy goes to the determination of the existence of discrimination, whereas the s. 1 justification only arises after discrimination has been established. Thus, even where a distinction is based on an irrelevant personal characteristic, and is therefore discriminatory, it is still possible for the discrimination to be rationally connected to a pressing and substantial governmental objective. In this regard, it is useful to refer back to *Andrews, supra*. That decision significantly modified in at least two ways the concept of equality as it was then applied by the courts. First, the Court rejected as deficient the rule of formal equality which stated that persons in similar situations must be given similar treatment. Second, and most relevant in the present context, this Court also rejected what might be termed the “reasonableness test” (*Andrews, supra*, at pp. 181-82). The object pursued by the “reasonableness test” was to ascertain whether the impugned distinction was reasonable or fair, taking into account the purposes, the aims and the effect of the legisla-

droit, a signalé que l’acceptation facile de l’argument que la nature n’a doté qu’un seul sexe de la capacité de mettre des enfants au monde aurait pour effet de faire porter entièrement par les femmes l’essentiel du coût de la procréation.

(3) La pertinence en vertu du par. 15(1) et le caractère raisonnable en vertu de l’article premier

Avant d’examiner l’application du par. 15(1) de la *Charte* aux faits de la présente affaire, il importe à mon avis de préciser le rapport qui existe entre l’exigence de la pertinence en vertu du par. 15(1) de la *Charte* et celle du caractère raisonnable en vertu de l’article premier. Je tiens à souligner que la détermination de la pertinence d’une distinction ne revient pas à rendre applicables à l’analyse selon le par. 15(1) les principes de justification au sens de l’article premier de la *Charte*. Cette méthode respecte la mise en garde formulée par le juge Wilson dans l’arrêt *Turpin*, précité, à la p. 1328: «Il faut donner aux droits à l’égalité leur plein sens, indépendamment des facteurs justificatifs qu’il convient d’examiner en vertu de l’article premier.»

Le paragraphe 15(1) s’intéresse fondamentalement à la pertinence des distinctions. La pertinence touche la question même de l’existence de la discrimination, alors que la justification fondée sur l’article premier n’est examinée que lorsque la discrimination a été établie. Ainsi, même si une distinction est fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente, et par conséquent est discriminatoire, il se peut néanmoins que cette discrimination ait un lien rationnel avec un objectif urgent et réel du gouvernement. Sur ce point, il est utile de revenir à l’arrêt *Andrews*, précité. Cet arrêt a profondément modifié, à deux points de vue au moins, le concept de l’égalité appliqué jusqu’alors par les tribunaux. Premièrement, notre Cour a rejeté, parce qu’inadéquate, la règle de l’égalité formelle selon laquelle les personnes qui se trouvent dans une situation similaire doivent être traitées de façon similaire. Deuxièmement, et ceci est très pertinent dans le présent contexte, notre Cour a aussi rejeté ce que l’on pourrait qualifier de «critère du caractère raisonnable» (*Andrews*, précité, aux pp. 181 et 182). Ce critère visait à déterminer

tion on the person. Under this test, both the finding of whether a distinction resulted in discrimination and, to a large extent, the justification of that discrimination were done under s. 15(1).

Instead, under the enumerated and analogous grounds approach adopted by the Court in *Andrews*, the analysis under s. 15 of the *Charte* encompasses a determination as to whether the prejudicial distinction is attributable to an enumerated or analogous ground. Once the analogous ground is identified and defined in terms of its nature and scope as explained above, any further issues as to relevance are to be examined not under s. 15 but under s. 1 together with any other issues as to justification.

Differently put, the Court in *Andrews, supra*, held that the relevance of a basis for differential treatment under s. 15 must be clearly distinguished from its reasonableness and thus whether it can be justified under s. 1. This distinction was made forcefully by La Forest J., who stated (at p. 197):

While it cannot be said that citizenship is a characteristic which "bears no relation to the individual's ability to perform or contribute to society" (*Fontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973), at p. 686), it certainly typically bears an attenuated sense of relevance to these. That is not to say that no legislative conditioning of benefits (for example) on the basis of citizenship is acceptable in the free and democratic society that is Canada, merely that legislation purporting to do so ought to be measured against the touchstone of our Constitution. It requires justification. [Emphasis added.]

An additional example of the proper relationship between s. 15(1) and s. 1 is found in *McKinney, supra*. La Forest J. found that the mandatory retirement policies of the respondent universities, though amounting to discrimination under s. 15(1) as impinging upon employment, were rationally connected to the legitimate objectives of the

si la distinction contestée était raisonnable ou juste, compte tenu des objets de la loi et de son effet sur la personne. En vertu de ce critère, tant l'analyse du caractère discriminatoire d'une distinction que, dans une large mesure, l'analyse de la justification se faisaient en vertu du par. 15(1).

Selon la méthode des motifs énumérés et analogues adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Andrews*, l'analyse fondée sur l'art. 15 de la *Charte* consiste plutôt à déterminer si la distinction préjudiciable est attribuable à un motif énuméré ou à un motif analogue. Une fois le motif analogue établi et défini quant à sa nature et à sa portée comme je l'ai déjà expliqué, toute autre question de pertinence doit être examinée non pas en vertu de l'art. 15, mais en vertu de l'article premier en même temps que toute autre question de justification.

En d'autres termes, notre Cour a statué dans l'arrêt *Andrews*, précité, qu'il faut faire clairement la distinction entre la pertinence du fondement d'un traitement différent au regard de l'art. 15 et son caractère raisonnable et, donc, sa justification en vertu de l'article premier. Cette distinction a été formulée avec vigueur par le juge La Forest (à la p. 197):

Bien qu'on ne puisse pas affirmer qu'elle est une caractéristique qui (TRADUCTION) «n'a aucun rapport avec l'aptitude d'un individu à fonctionner et à faire sa part dans la société» (*Fontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973), à la p. 686), la citoyenneté comporte certainement un rapport atténué de pertinence avec celle-ci. Cela signifie non pas qu'aucune loi qui (par exemple) conditionne un avantage à l'obtention de la citoyenneté n'est acceptable dans la société libre et démocratique qu'est le Canada, mais simplement que la loi qui paraît le faire devrait être soupesée en fonction de la pierre de touche de notre Constitution. Elle doit être justifiée. [Je souligne.]

L'arrêt *McKinney*, précité, illustre également où se situent le par. 15(1) et l'article premier. Le juge La Forest y a conclu que les politiques de mise à la retraite obligatoire des universités intimées, quoique discriminatoires au sens du par. 15(1) du fait qu'elles restreignent l'emploi, avaient un lien rationnel avec les objectifs légitimes de la loi atta-

33

34

35

impugned legislation, which included the promotion of excellence in higher education and the preservation of academic freedom (p. 281). These values were not in issue. The debate bore upon the means chosen to promote them. La Forest J. examined the relationship between the needs of the universities and the tenure of faculty members. He concluded that “mandatory retirement [was] intimately tied to the tenure system” (p. 283). He further resolved that mandatory retirement “ensures continuing faculty renewal, a necessary process to enable universities to be centres of excellence. . . . In a closed system with limited resources, this can only be achieved by departures of other people” (p. 284) (emphasis in original). The evidence submitted was found to demonstrate some correlation, depending on the resource allocation of universities, between the mandatory retirement and the renewal of faculty members. These were considerations properly weighed under s. 1 of the *Charter*.

quée, dont la promotion de l'excellence dans les études supérieures et la préservation de la liberté académique (p. 281). Ces valeurs n'étaient pas contestées. Le débat portait plutôt sur les moyens choisis pour les promouvoir. Le juge La Forest a examiné le rapport entre les besoins des universités et la permanence des professeurs. Il a conclu que la «retraite obligatoire [était] intimement liée au système de la permanence» (p. 283). Il a ensuite affirmé que la retraite obligatoire «assure le renouvellement continu des membres du corps professoral, un processus nécessaire pour permettre aux universités d'être des centres d'excellence. . . . Dans un système fermé ayant des ressources limitées, on ne peut y parvenir qu'avec le départ d'autres personnes» (p. 284) (souligné dans l'original). Notre Cour a conclu que la preuve établissait une certaine corrélation, selon la répartition des ressources des universités, entre la retraite obligatoire et le renouvellement des membres du corps professoral. Ces considérations ont été soupesées, avec raison, en fonction de l'article premier de la *Charte*.

36

Nor do I believe that an approach to s. 15 which focuses on enumerated or analogous grounds as explained above places any additional onus on a *Charter* claimant. First, as I have already noted, a concern for relevance has run through this Court's s. 15 jurisprudence. In this sense, my clarification of the analogous grounds approach has obviously not imposed any additional burden on a *Charter* claimant. Secondly, the onus is always on a claimant to prove on the balance of probabilities that a *Charter*-guaranteed right or freedom has been infringed. Discharging this onus and demonstrating that legislative distinctions have been drawn on an irrelevant ground having regard to its nature and scope will, admittedly, require a knowledge of the wording of the legislation and of the larger context within which it is situated. However, these are obviously not matters to which only the enacting government is privy. Where it is not plain from the subject matter and wording of the law that a distinction based on an enumerated or analogous ground reflects some biological or physical reality or fundamental value and where no other evidence is tendered, a court will generally be obliged to

Je ne crois pas non plus qu'aborder l'art. 15 en mettant l'accent sur les motifs énumérés ou analogues, comme je l'ai déjà expliqué, impose un fardeau additionnel au demandeur qui invoque la *Charte*. Premièrement, je le répète, l'importance de la pertinence se dégage de la jurisprudence de notre Cour sur l'art. 15. En ce sens, la précision que j'apporte à l'analyse des motifs analogues n'impose de toute évidence aucun fardeau additionnel à ce demandeur. Deuxièmement, il incombe toujours au demandeur de prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y a eu violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte*. Il est admis que, pour s'acquitter de ce fardeau et établir que des distinctions législatives sont fondées sur un motif non pertinent compte tenu de sa nature et de sa portée, il faut connaître le libellé de la loi et l'ensemble du contexte dans lequel elle se situe. Cependant, il ne s'agit évidemment pas de questions qui sont à la seule connaissance du législateur. Si l'objet et le libellé de la loi n'établissent pas clairement qu'une distinction fondée sur un motif analogue ou énuméré traduit certaines réalités physiques ou biologiques ou valeurs fonda-

find that such a distinction is discriminatory. As a consequence, in any case where legislation is challenged under s. 15 of the *Charter*, the enacting government will have an incentive to assist the court to determine what relevance, if any, there is in the impugned legislative distinction.

I would also stress that there may indeed be significant overlap between the assessment of the functional values of the legislation under s. 15, and the purpose of the legislation under s. 1. This will not necessarily always be the case, however, as the legislation in *McKinney*, *supra*, clearly illustrates. However, to the extent that there is overlap between the functional values and the purpose of the legislation, this is not cause for concern, since fundamentally different questions are asked under s. 15 and under s. 1 proceeding under fundamentally different premises: under s. 15, one asks whether the legislation is discriminatory on the basis of certain grounds, and then under s. 1, having found it to be discriminatory, one asks whether it is otherwise a reasonable limit which can be demonstrably justified in a free and democratic society. In short, as McIntyre J. stressed in *Andrews*, *supra*, while “the relationship between these two sections may well be difficult to determine on a wholly satisfactory basis” it is “important to keep them analytically distinct” (p. 178).

I conclude from the foregoing that a distinction deemed irrelevant because based on an enumerated or analogous ground and thus discriminatory under s. 15(1) may nevertheless be rationally connected to furthering a larger social purpose, and hence may be judged reasonable under s. 1.

B. Section 15(1) of the Charter and the Ground of Marital Status

The distinction drawn by the legislation at issue is made on the basis of marriage and the appellants

mentales et si l'on ne présente pas d'autres éléments de preuve, le tribunal sera généralement tenu de conclure que la distinction en cause est discriminatoire. En conséquence, lorsqu'une loi est contestée sur le fondement de l'art. 15 de la *Charte*, le gouvernement qui l'a adoptée est incité à aider le tribunal à déterminer quelle est la pertinence, s'il en est, de la distinction législative attaquée.

Je tiens également à souligner qu'il peut effectivement exister un important chevauchement entre l'examen des valeurs fonctionnelles de la loi en vertu de l'art. 15, et celui de l'objet de la loi en vertu de l'article premier. Néanmoins, il n'en sera pas toujours ainsi, comme l'illustre clairement le cas de la loi en cause dans l'arrêt *McKinney*, précité. Cependant, s'il y a chevauchement entre les valeurs fonctionnelles et l'objet de la loi, il n'y a pas lieu de s'inquiéter puisque les questions sont fondamentalement différentes selon qu'il s'agit de l'art. 15 ou de l'article premier, ceci selon des prémisses fondamentalement différentes: dans le cas de l'art. 15, il faut se demander si la loi est discriminatoire pour certains motifs; dans l'affirmative, il faut alors examiner, en vertu de l'article premier, s'il existe par ailleurs une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Bref, comme le juge McIntyre l'a souligné dans l'arrêt *Andrews*, précité, «le rapport entre ces deux articles pourra fort bien se révéler difficile à établir de façon entièrement satisfaisante», mais il est «important de les maintenir analytiquement distincts» (p. 178).

Je conclus de ce qui précède qu'une distinction réputée non pertinente parce qu'elle est fondée sur un motif énuméré ou analogue et, partant, discriminatoire au sens du par. 15(1) peut néanmoins avoir un lien rationnel avec un objectif social plus global et, donc, être jugée raisonnable en vertu de l'article premier.

B. Le paragraphe 15(1) de la Charte et le motif de l'état matrimonial

La loi en cause formule une distinction fondée sur le mariage, et les appelants fondent toute leur

37

38

39

have rested their whole argument upon the premise that their situation is identical to that of married couples, and carries with it the same consequences; it is therefore important in addressing the context of this distinction to examine briefly the concept of marriage and its place in our society, together with some implications of the unique contractual basis of marriage, even at the risk of stating the obvious.

(1) The Importance of Marriage as a Social Institution

40 The question raised by the case at bar is intimately linked with the institution of marriage, the importance of which has long been recognized in our society. Other countries, as well as international law, acknowledge both the importance of marriage and the legitimacy of state action which fosters this basic social institution.

41 For example, the United States Supreme Court has long recognized that marriage is a fundamental social institution. In *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190 (1888), at pp. 205 and 211, the court stated:

Marriage, as creating the most important relation in life, as having more to do with the morals and civilization of a people than any other institution, has always been subject to the control of the legislature. That body prescribes the age at which parties may contract to marry, the procedure or form essential to constitute marriage, the duties and obligations it creates, its effects upon the property rights of both, present and prospective, and the acts which may constitute grounds for its dissolution.

[Marriage] is an institution, in the maintenance of which in its purity the public is deeply interested, for it is the foundation of the family and of society, without which there would be neither civilization nor progress.

42 The court has also affirmed the constitutional status of the right to marry. In *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), at p. 399, the court found that the liberty protected by the Fourteenth Amendment includes “the right of the individual . . . to marry, establish a home and bring up children”, and in

argumentation sur la prémisse que leur situation est identique à celle des couples mariés et est assortie des mêmes conséquences; il est donc important, dans l’analyse du contexte de cette distinction, d’examiner brièvement le concept du mariage et la place qu’il occupe dans notre société, ainsi que certaines répercussions du fondement contractuel particulier du mariage, même au risque d’énoncer une évidence.

(1) L’importance du mariage comme institution sociale

La question soulevée en l’espèce est étroitement liée à l’institution du mariage, dont l’importance est depuis longtemps reconnue dans notre société. D’autres pays, de même que le droit international, reconnaissent l’importance du mariage et le caractère légitime des mesures que prend l’État pour favoriser cette institution sociale fondamentale.

Par exemple, la Cour suprême des États-Unis a depuis longtemps reconnu que le mariage est une institution sociale fondamentale. Dans l’arrêt *Maynard c. Hill*, 125 U.S. 190 (1888), aux pp. 205 et 211, la cour affirme:

[TRADUCTION] Puisqu’il constitue la relation la plus importante de la vie et qu’il touche davantage aux mœurs et à la civilisation d’un peuple que toute autre institution, le mariage a toujours fait l’objet de mesures de contrôle de la part de la législature. Par exemple, c’est elle qui fixe l’âge nubile des parties, les modalités du mariage, les devoirs et obligations qu’il crée, ses effets sur les droits de propriété, présents et futurs, de chacune des parties ainsi que les motifs de dissolution.

[Le mariage] est une institution dont le public a un intérêt profond à conserver l’intégrité, puisqu’il constitue le fondement même de la famille et de la société, sans lequel il n’y aurait ni civilisation ni progrès.

La Cour suprême des États-Unis a aussi confirmé le statut constitutionnel du droit de se marier. Dans l’arrêt *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), à la p. 399, la cour a statué que la liberté protégée par le Quatorzième amendement comprend [TRADUCTION] «le droit de la personne [. . .]

Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942), at p. 541, that “[m]arriage and procreation are fundamental to the very existence and survival of the race”. Nor can one forget Douglas J.’s eloquent words in *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), at p. 486, in finding that freedom of choice in marriage and family relationships lies at the heart of the right to privacy:

We deal with a right of privacy older than the Bill of Rights — older than our political parties, older than our school system. Marriage is a coming together for better or for worse, hopefully enduring, and intimate to the degree of being sacred. It is an association that promotes a way of life, not causes; a harmony in living, not political faiths; a bilateral loyalty, not commercial or social projects. Yet it is an association for as noble a purpose as any involved in our prior decisions.

These sentiments were repeated by Warren C.J. in *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), at p. 12: “The freedom to marry has long been recognized as one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men.” (See also *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971), at p. 374; *Cleveland Board of Education v. LaFleur*, 414 U.S. 632 (1974), at pp. 639-40; *Moore v. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977), at p. 499; and *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978), at pp. 384-85.)

The California courts have also affirmed on several occasions the State’s legitimate interest in fostering marriage as a social institution (see *Marvin v. Marvin*, 557 P.2d 106 (Cal. 1976), at p. 122; *Elden v. Sheldon*, 758 P.2d 582 (Cal. 1988), at pp. 586-87; *Beaty v. Truck Insurance Exchange*, 8 Cal.Rptr.2d 593 (Ct.App. 3 Dist. 1992), at p. 600).

Moving from domestic to international law, art. 16 of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), which is binding on Canada, and art. 12 of

de se marier, de fonder un foyer et d’élever des enfants»; dans l’arrêt *Skinner c. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942), à la p. 541, elle a affirmé que [TRADUCTION] «[l]e mariage et la procréation sont des aspects fondamentaux de l’existence même et de la survie de la race». On ne saurait non plus passer sous silence les éloquentes propos du juge Douglas dans *Griswold c. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), à la p. 486, où il a conclu que la liberté de choix dans le mariage et les relations familiales touche directement le droit à la vie privée:

[TRADUCTION] Nous sommes en présence d’un droit à la vie privée plus ancien que le Bill of Rights — plus ancien que nos partis politiques, plus ancien que notre système scolaire. Le mariage est une union pour le meilleur ou pour le pire, que l’on souhaite durable et qui est intime au point d’être sacrée. C’est une association qui favorise un mode de vie, et non une cause; une harmonie de vie et non des idéaux politiques; une loyauté bilatérale, et non des projets commerciaux ou sociaux. Pourtant, cette association a une fin aussi noble que toutes celles dont ont traité nos décisions antérieures.

Le juge en chef Warren reprend ces sentiments dans *Loving c. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), à la p. 12: [TRADUCTION] «La liberté de se marier est depuis longtemps reconnue comme l’un des droits personnels essentiels à la recherche ordonnée du bonheur par les hommes libres.» (Voir aussi *Boddie c. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971), à la p. 374; *Cleveland Board of Education c. LaFleur*, 414 U.S. 632 (1974), aux pp. 639 et 640; *Moore c. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977), à la p. 499, et *Zablocki c. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978), aux pp. 384 et 385.)

Les tribunaux de la Californie ont également confirmé à plusieurs reprises l’intérêt légitime qu’a l’État à favoriser le mariage comme institution sociale (voir *Marvin c. Marvin*, 557 P.2d 106 (Cal. 1976), à la p. 122; *Elden c. Sheldon*, 758 P.2d 582 (Cal. 1988), aux pp. 586 et 587; *Beaty c. Truck Insurance Exchange*, 8 Cal.Rptr. 2d 593 (Ct.App. 3 Dist. 1992), à la p. 600).

Si l’on passe du droit interne au droit international, l’art. 16 de la *Déclaration universelle des droits de l’homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), à laquelle le Canada

the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221, provide individuals with “the right to marry”. For example, art. 16 of the *Universal Declaration* states that “Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution”.

a souscrit, et l’art. 12 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221, accordent aux personnes «le droit de se marier». Par exemple, l’art. 16 de la *Déclaration universelle* précise: «À partir de l’âge nubile, l’homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de former une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution».

45 This brief review of domestic and international law confirms what in my view requires little if any confirmation, namely that marriage is both a basic social institution and a fundamental right which states can legitimately legislate to foster.

Ce bref examen du droit interne et du droit international confirme ce qui, à mon avis, n’a pas vraiment besoin de l’être: le mariage est à la fois une institution sociale de base et un droit fondamental que les États peuvent légitimement favoriser dans les lois qu’ils adoptent.

(2) The Contractual Basis of Marriage

(2) Le fondement contractuel du mariage

46 In considering the particular attributes of the ground at issue, it is also important to remember that married status, at least in our society, can only be acquired by the expression of the individual’s personal, free choice, regardless of the reason for which that status is assumed. Marriage rests upon a contractual basis, to which the law attaches certain rights and obligations. The decision to marry includes the acceptance of various legal consequences incident to the institution of marriage, including the obligation of mutual support between spouses and the support and raising of children of the marriage. In my view, freedom of choice and the contractual nature of marriage are crucial to understanding why distinctions premised on marital status are not necessarily discriminatory: where individuals choose not to marry, it would undermine the choice they have made if the state were to impose upon them the very same burdens and benefits which it imposes upon married persons. The authors Michael D. A. Freeman and Christina M. Lyon, in *Cohabitation without Marriage* (1983), at p. 191, make just these points:

Lorsque l’on examine les attributs particuliers du motif en cause, il importe également de se rappeler que, tout au moins dans notre société, on ne peut acquérir le statut de personne mariée que par l’expression d’un choix libre et personnel, quelle qu’en soit la raison. Le mariage a un fondement contractuel auquel la loi rattache certains droits et obligations. La décision de se marier emporte acceptation des diverses conséquences juridiques propres à l’institution du mariage, y compris l’obligation réciproque de soutien ainsi que les aliments et l’éducation des enfants issus du mariage. À mon avis, la liberté de choix et la nature contractuelle du mariage sont essentiels pour comprendre pourquoi les distinctions fondées sur l’état matrimonial ne sont pas nécessairement discriminatoires: lorsque des personnes choisissent de ne pas se marier, l’État écarterait ce choix s’il leur imposait les mêmes fardeaux et avantages qu’aux personnes mariées. Les auteurs Michael D. A. Freeman et Christina M. Lyon, dans l’ouvrage intitulé *Cohabitation without Marriage* (1983), à la p. 191, soulignent la chose:

... marriage is a voluntary institution in which the parties express their willingness to commit themselves to each other for life. Whether they are completely cognisant of all the legal effects of such a commitment is immaterial; the commitment is made, nevertheless,

[TRADUCTION] . . . le mariage est une institution volontaire dans laquelle les parties expriment le désir de s’engager l’une envers l’autre pour la vie. Il importe peu qu’elles soient pleinement conscientes de toutes les répercussions juridiques de cet engagement; celui-ci est

and marital rights and obligations inevitably follow. Cohabiting couples do not make that same commitment, and rights and duties akin to marriage should not as a result follow. The danger with imposing the incidents of marriage on a cohabiting couple is that it constitutes a denial of a fundamental freedom.

An additional element distinguishing marriage from other relationships is the commitment towards permanence accepted by the parties to the marriage contract. This contractual term “places it in a different category of relational interests than if it were temporary” (Bruce C. Hafen, “The Constitutional Status of Marriage, Kinship, and Sexual Privacy — Balancing the Individual and Social Interests” (1983), 81 *Mich. L. Rev.* 463, at p. 486). While I accept as a fact that some non-marital relationships do indeed endure as long as some marriages, my point is rather that the commitment towards permanence is a defining characteristic of the contract of marriage.

Similarly, while one may speculate that in many instances only one partner in a cohabiting couple does not want to marry, this clearly does not imply that the decision to marry is any less a matter of choice. The decision to marry or not is, admittedly, a joint choice, but a choice nonetheless. Simply because one party prefers not to marry does not entitle a couple to all the benefits which the legislature uniquely attaches to marriage.

In my opinion, distinctions drawn on the basis of the status, burdens and benefits acquired through marriage cannot, without more, be discriminatory under s. 15(1) of the *Charter*, since these attributes are acquired through contract. One cannot claim discrimination solely on the basis that the status, rights and obligations validly contracted for differ from those prevailing in the absence of contract. Distinctions premised on marital status are therefore relevant to laws which are aimed at defining marriage, its effects and the rights and obligations to which it gives rise. Stated otherwise, the attributes of married status cannot give rise to

néanmoins pris et il donne invariablement naissance à des droits et des obligations. Les couples qui cohabitent ne prennent pas le même engagement, et cette cohabitation ne devrait pas donner lieu à des droits et obligations qui s'apparentent au mariage. Imposer à un couple en cohabitation les devoirs et privilèges propres au mariage risque de constituer une négation de liberté fondamentale.

Le mariage se distingue également d'autres relations du fait que les parties s'engagent par contrat à établir une relation permanente. Cette condition [TRADUCTION] «le place dans une catégorie différente des relations de nature provisoire» (Bruce C. Hafen, «The Constitutional Status of Marriage, Kinship, and Sexual Privacy — Balancing the Individual and Social Interests» (1983), 81 *Mich. L. Rev.* 463, à la p. 486). Bien que je reconnaisse que, dans les faits, certaines unions non matrimoniales durent aussi longtemps que certains mariages, il demeure, et je le souligne, que l'engagement de permanence pris par les parties constitue une caractéristique essentielle du contrat de mariage.

De même, bien que l'on puisse supposer que, dans beaucoup de cas, un seul partenaire du couple qui cohabite ne veut pas se marier, cela n'enlève en rien l'élément de choix dans la décision de se marier. La décision de se marier ou non, je l'admets, est un choix conjoint, mais elle demeure néanmoins un choix. Le simple fait qu'une seule des parties préfère ne pas se marier ne signifie pas que le couple a droit à tous les avantages que le législateur rattache uniquement au mariage.

À mon avis, les distinctions fondées sur le statut, les fardeaux et les avantages acquis par le mariage ne peuvent, sans plus, être discriminatoires aux termes du par. 15(1) de la *Charte*, puisque ces attributs résultent d'un contrat. On ne peut invoquer la discrimination pour le seul motif que le statut, les droits et les obligations établis dans un contrat valide diffèrent de ce qui existerait en l'absence d'un contrat. Les distinctions fondées sur le statut matrimonial sont en conséquence pertinentes pour les lois qui visent à définir le mariage, ses effets et les droits et obligations qui en découlent. En d'autres termes, les attributs du statut de per-

47

48

49

discrimination as against those who are not married. In this aspect, marital status is not an analogous ground. In the case at bar, I will conclude that the benefits claimed by the appellants, namely the rehabilitation and medical compensation and the income benefits, are most appropriately characterized as falling within the scope of the support obligations imposed by law on married spouses. In my view, marital status is therefore relevant to the purposes underlying the distinction contained in the insurance policy, and accordingly, that distinction does not infringe s. 15(1).

C. Applying the Section 15(1) Analysis to This Case

(1) Step One: Has a Distinction Been Drawn by the Legislation?

50

Under the first step of the s. 15(1) analysis, one must determine whether the impugned legislation creates a distinction between the appellants and one or more groups. In this case, the relevant group to be compared is married spouses, and indeed, the appellants, an unmarried couple, urge the Court to compare their situation with that of married spouses. They submit that, as an unmarried couple, they are in a relationship akin to marriage, that is, a relatively permanent state of interdependence and cohabitation carrying with it, in Ontario at least, an obligation of mutual support.

51

It is apparent that the insurance policy distinguishes between spouses and non-spouses. Under the definition set forth in Section B of the insurance policy, only "spouses" can claim for the loss of income and bodily injuries. As I mentioned above, I agree with McLachlin J. that the meaning of "spouse" for the purpose of this section of the insurance policy is limited to married couples. Thus, the legislation treats married and unmarried couples in a different manner.

sonne mariée ne peuvent donner lieu à une discrimination à l'égard des personnes qui ne sont pas mariées. À cet égard, l'état matrimonial n'est pas un motif analogue. En l'espèce, je conclurai que les avantages revendiqués par les appelants, soit les indemnités pour réadaptation et soins médicaux et les indemnités de remplacement du revenu, devraient être considérés comme se rattachant aux obligations de soutien imposées par la loi aux conjoints mariés. À mon avis, l'état matrimonial est en conséquence pertinent aux fins de la distinction contenue dans la police d'assurance, et cette distinction ne porte donc pas atteinte au par. 15(1).

C. Application de l'analyse fondée sur le par. 15(1) à l'espèce

(1) Première étape: La loi crée-t-elle une distinction?

Dans le cadre de la première étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1), il faut déterminer si la loi contestée crée une distinction entre les appelants et un ou plusieurs groupes. En l'espèce, le groupe pertinent est celui des conjoints mariés et, en fait, les appelants, un couple non marié, pressent notre Cour de comparer leur situation à celle de conjoints mariés. À leur avis, en tant que couple non marié, ils sont dans une union assimilable au mariage, c'est-à-dire qu'ils se trouvent dans une situation relativement permanente d'interdépendance et de cohabitation assortie, du moins en Ontario, d'une obligation réciproque de soutien.

De toute évidence, la police d'assurance établit une distinction entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas. Selon la définition du chapitre B de la police d'assurance, seul un «conjoint» peut présenter une réclamation pour perte de revenus et lésions corporelles. Comme je l'ai déjà dit, je suis d'accord avec la conclusion du juge McLachlin qui veut qu'aux fins de ce chapitre de la police d'assurance, le terme «conjoint» s'applique seulement aux couples mariés. En conséquence, la loi traite différemment les couples mariés et les couples non mariés.

(2) Step Two: Is There Prejudice Resulting from the Legislative Distinction?

I turn now to the second step of the s. 15(1) analysis, namely the determination of whether this distinction results in disadvantage. As Iacobucci J. observed in *Symes, supra*, at p. 761, the question at this stage is whether the differential treatment has “the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others”.

It is true that the insurance policy, as regards injury and income benefits, distinguishes between married and unmarried spouses. It cannot be said, however, that this distinction is prejudicial when considered in the larger context of the rights and obligations uniquely and appropriately attached to marriage. In the words of the Ontario Court of Appeal in *Leroux, supra*, at pp. 620-21:

We appreciate that unmarried persons who live together do not possess some of the important rights that married persons have but, by the same token, they are not subject to many of the legal burdens and obligations of married persons. We do not think that it can be said that their overall position nets out as one of disadvantage.

While I agree with this statement of the Court of Appeal, I do not propose to dispose of the case at bar on this basis. I will, therefore, go on to consider the functional values underlying the impugned insurance legislation and their relevance to the distinction drawn between married and unmarried couples.

(3) Step Three: Are the Functional Values of the Legislation Relevant to Marital Status?

The third step of the s. 15(1) analysis asks the broad question of whether the alleged distinction is based upon an irrelevant personal characteristic

(2) Deuxième étape: La distinction établie dans la loi donne-t-elle lieu à un préjudice?

Je passe maintenant à la deuxième étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1), qui cherche à déterminer si cette distinction donne lieu à un désavantage. Comme l'a fait remarquer le juge Iacobucci dans l'arrêt *Symes*, précité, à la p. 761, la question qui nous occupe à ce stade est celle de savoir si le traitement différent a «pour effet d'imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès à des possibilités, bénéfiques et avantages offerts à d'autres».

Il est vrai que la police d'assurance établit une distinction entre les conjoints mariés et les conjoints non mariés en ce qui concerne les indemnités pour lésions corporelles et pertes de revenus. Cependant, on ne peut affirmer que cette distinction est préjudiciable dans le contexte général des droits et obligations qui se rattachent en propre et pertinemment au mariage. Sur ce point, je cite l'arrêt *Leroux*, précité, de la Cour d'appel de l'Ontario, aux pp. 620 et 621:

[TRADUCTION] Nous reconnaissons que les personnes non mariées qui vivent ensemble ne jouissent pas de certains des droits importants qu'ont les personnes mariées; par contre, elles ne sont pas soumises à nombre de responsabilités et obligations que la loi impose aux personnes mariées. À notre avis, on ne peut soutenir qu'elles sont globalement désavantagées.

Bien qu'en accord avec cet énoncé de la Cour d'appel, je n'ai pas l'intention de m'en servir pour trancher le présent pourvoi sur ce motif. Je passe donc à l'examen des valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi contestée en matière d'assurances ainsi que leur pertinence eu égard à la distinction entre les couples mariés et les couples non mariés.

(3) Troisième étape: Les valeurs fonctionnelles de la loi sont-elles pertinentes quant à l'état matrimonial?

La troisième étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1) est la question générale de savoir si la distinction alléguée est fondée sur une caractéris-

52

53

54

which is enumerated in s. 15(1) or analogous thereto. In this case, this stage involves an inquiry into whether the functional values underlying the legislation are relevant to marital status. Thus, we must first inquire whether married status is a personal characteristic which qualifies as an analogous ground. In so proceeding, it is useful to turn to the enumerated grounds of s. 15(1) of the *Charter*. These enumerated grounds have been recognized as being the most socially and historically destructive forms of discrimination, and in many cases they are irrelevant to distinctions drawn by legislation (*Andrews, supra*, at p. 175).

tique personnelle non pertinente énumérée au par. 15(1) ou sur une caractéristique analogue. En l'espèce, il faut examiner la pertinence des valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi à l'égard de l'état matrimonial. Nous devons donc tout d'abord vérifier si le statut de personne mariée est une caractéristique personnelle pouvant être qualifiée de motif analogue. À cette fin, il est utile de se reporter aux motifs énumérés au par. 15(1) de la *Charte*. Ces motifs ont été reconnus comme les pratiques discriminatoires les plus destructrices sur les plans social et historique et, dans de nombreux cas, dépourvues de pertinence relativement aux distinctions établies par la loi (*Andrews, précité*, à la p. 175).

55 While marital status is a personal characteristic, and distinctions between married and unmarried couples may be discriminatory under s. 15(1), it must be stressed that marital status has several unique characteristics which distinguish it from the grounds enumerated in s. 15(1) of the *Charter*. In addition to resting upon a consensual, contractual basis, marriage is a status to which the Legislature, as a reflection of its social policy, attaches a bundle of rights and obligations. In none of the enumerated grounds do we find these characteristics. For instance, while both citizenship and religion may in some instances be said to be "chosen", they do not reflect the acceptance of a legal status and rights and obligations founded in contract. Furthermore, as with other contracts, marriage must be entered into freely and voluntarily; failing this it may be annulled. This aspect also distinguishes married status from other grounds of discrimination.

Bien que l'état matrimonial soit une caractéristique personnelle et que des distinctions entre les couples mariés et non mariés puissent être discriminatoires aux termes du par. 15(1), il faut souligner que l'état matrimonial possède des caractéristiques uniques qui le distinguent des motifs énumérés au par. 15(1) de la *Charte*. Outre son fondement à la fois consensuel et contractuel, le mariage est aussi un état auquel, comme en témoigne sa politique sociale, le législateur rattache un ensemble de droits et obligations. Ces caractéristiques ne se trouvent dans aucun des motifs énumérés. Par exemple, si la citoyenneté et la religion peuvent dans certains cas être considérées comme «choisies», elles ne comportent pas l'acceptation d'un statut juridique et de droits et obligations fondés sur un contrat. Par ailleurs, comme dans le cas des autres contrats, le mariage doit être l'objet d'une entente libre et volontaire, faute de quoi il peut être annulé. Cet aspect permet également de distinguer le statut de personne mariée des autres motifs de discrimination.

56 As these comments suggest, it is imperative to be acutely sensitive to the nature of the personal characteristic and its specific attributes. This is so whether the ground of alleged discrimination is one enumerated in s. 15(1) or analogous thereto. For example, in *McKinney, supra*, at p. 297, La Forest J. recognized that not all enumerated grounds should be treated on the same basis. Different considerations may be applicable depending

Comme l'indiquent ces commentaires, il faut être très attentif à la nature de la caractéristique personnelle et de ses attributs spécifiques, que le motif de discrimination reprochée soit un motif énuméré au par. 15(1) ou un motif analogue. Par exemple, dans l'arrêt *McKinney, précité*, à la p. 297, le juge La Forest a reconnu que tous les motifs énumérés ne devraient pas être traités de la même façon. Différentes considérations peuvent

on the nature of the ground in question. For instance, in the case of age discrimination, he stated at p. 297:

... there are important differences between age discrimination and some of the other grounds mentioned in s. 15(1). To begin with there is nothing inherent in most of the specified grounds of discrimination, e.g., race, colour, religion, national or ethnic origin, or sex that supports any general correlation between those characteristics and ability. But that is not the case with age.

Furthermore, in applying this nuanced approach to the different protected grounds under s. 15(1), it may be useful in some circumstances to examine whether a party is claiming discrimination based on its membership in a group that is disadvantaged. While membership in a disadvantaged group is not an essential element, it may well be an indicium that a distinction is drawn on the basis of an irrelevant personal characteristic.

The appellants claim that marital status has historically been a basis for "pervasive discrimination" and, therefore, should be recognized as an analogous ground under the *Charter*. However, in contemporary society, unmarried couples do not constitute a distinct group suffering from stereotypes or prejudices, although they have been the subject of such prejudices in the past. In this respect, the fostering of marriage as a social institution does not stigmatize unmarried couples nor subject them to stereotypes.

Today, unmarried couples are not subject to legal restrictions. They may enter into binding and enforceable contracts and may agree upon their respective rights and obligations during cohabitation. Agreements may also relate to the division of assets, property, and expenses. Such agreements may be entered into by unmarried couples either during cohabitation or upon separation. Section 53 *et seq.* of the Ontario *Family Law Act* (S.O. 1986, c. 4 and R.S.O. 1990, c. F.3) expressly recognize the validity of such agreements. The validity of such contracts between unmarried couples has also been recognized in the United States (see *Marvin v. Marvin, supra*).

entrer en jeu selon la nature du motif en question. Ainsi, dans le cas de la discrimination fondée sur l'âge, il affirme à la p. 297:

... il existe des différences importantes entre la discrimination fondée sur l'âge et certains autres motifs mentionnés au par. 15(1). D'abord, il n'y a rien d'inherent dans la plupart des motifs énumérés de discrimination, savoir la race, la couleur, la religion, l'origine nationale ou ethnique, ou le sexe, qui justifie une corrélation générale entre ces caractéristiques et les capacités. Mais il n'en est pas ainsi de l'âge.

En outre, dans l'application de cette analyse nuancée aux différents motifs protégés par le par. 15(1), il peut être utile d'examiner dans certains cas si une partie invoque la discrimination fondée sur son appartenance à un groupe défavorisé. Bien que l'appartenance à un groupe défavorisé ne soit pas un élément essentiel, elle peut être un indice d'une distinction fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente.

Les appelants soutiennent que l'état matrimonial a de tout temps constitué un fondement de «discrimination endémique» et qu'il devrait donc être reconnu comme un motif analogue en vertu de la *Charte*. Cependant, dans la société contemporaine, les couples non mariés ne constituent pas un groupe distinct victime de stéréotypes ou de préjugés, même si cela s'est produit dans le passé. Favoriser le mariage en tant qu'institution sociale ne stigmatise pas les couples non mariés ni ne les rend victimes de stéréotypes.

De nos jours, les couples non mariés ne font pas l'objet de restrictions légales. Ils peuvent conclure des contrats obligatoires et exécutoires et s'entendre sur leurs droits et obligations réciproques pendant la cohabitation. De plus, ils peuvent conclure des accords de partage de l'actif, des biens et des dépenses, pendant leur cohabitation ou au moment de leur séparation. Les articles 53 et suiv. de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario (L.O. 1986, ch. 4, et L.R.O. 1990, ch. F.3) reconnaissent expressément la validité de ces accords. On a également reconnu aux États-Unis la validité de tels contrats entre couples non mariés (voir *Marvin c. Marvin, précité*).

57

58

59

60

I also find some observations of the Attorney General of Quebec to be instructive. He explained that at the time of the broad reform of Quebec's family law in 1980, it was decided not to extend the rights and obligations attached to marriage to unmarried couples; this decision was taken with a view to respecting the choice made by unmarried couples, not to stigmatize them.

61

The appellants further submitted that marital status should be recognized as an analogous ground of discrimination in s. 15(1) of the *Charter* because provincial human rights legislation recognizes marital status as a prohibited ground of discrimination. In *Andrews, supra*, at pp. 175-76, McIntyre J. noted the usefulness of referring to provincial human rights Acts but he also emphasized their differences from s. 15(1) of the *Charter*. He observed, for example, that in provincial human rights statutes, the grounds of prohibited discrimination are restricted, and the prohibition itself is limited in scope though absolute in the area to which it applies. Moreover, certain limited exceptions are available by way of exemptions or defences, such as a bona fide occupational requirement. Under s. 15(1) of the *Charter*, by contrast, the enumerated grounds are not exhaustive nor is the scope of the anti-discrimination protection limited. Additionally, it is significant that discrimination can be justified under s. 1. It is especially important to emphasize that although human rights laws constitute a pre-eminent category of legislation and are, in some cases, described as "quasi-constitutional" in nature (*Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, at p. 339), they do not have the same status as s. 15 of the *Charter*. Most importantly, s. 15 of the *Charter* is a constitutional provision which constrains or compels state but not individual action. This contrast was stated clearly by Cory J. in *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103, at pp. 1121-22, in the following terms:

Je trouve intéressantes, également, certaines observations du procureur général du Québec, qui a expliqué que l'on avait décidé, lors de la grande réforme du droit de la famille au Québec en 1980, de ne pas étendre aux couples non mariés les droits et obligations rattachés au mariage; cette décision a été prise pour respecter le choix des couples non mariés, non pour les stigmatiser.

Les appelants soutiennent aussi que l'état matrimonial devrait être reconnu comme un motif analogue de discrimination en vertu du par. 15(1) de la *Charte* parce que les lois provinciales sur les droits de la personne reconnaissent l'état matrimonial comme un motif interdit de discrimination. Dans *Andrews*, précité, aux pp. 175 et 176, le juge McIntyre, notant qu'il est utile de consulter les lois provinciales sur les droits de la personne, a néanmoins fait ressortir leurs différences par rapport au par. 15(1) de la *Charte*. Par exemple, il a signalé que dans les lois provinciales sur les droits de la personne, les motifs interdits de discrimination sont restreints et que l'interdiction comme telle est d'une portée limitée, quoiqu'elle soit absolue dans le domaine qu'elle vise. Par ailleurs, ces lois prévoient également des exceptions sous forme d'exemptions ou de moyens de défense, tels que l'exigence professionnelle normale. Par contre, dans le cas du par. 15(1) de la *Charte*, les motifs énumérés ne sont pas exhaustifs et l'étendue de la protection contre la discrimination n'est pas restreinte. De plus, il importe de préciser que des mesures discriminatoires pourront être justifiées en vertu de l'article premier. Je tiens tout particulièrement à souligner que, bien que les lois sur les droits de la personne jouissent de préséance et soient, dans certains cas, considérées comme étant de nature quasi constitutionnelle (*Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, à la p. 339), elles n'ont pas le même statut que l'art. 15 de la *Charte*. Il est encore plus important de se rappeler que l'art. 15 est une disposition constitutionnelle qui restreint ou oblige l'État, mais non les particuliers. Le juge Cory a clairement formulé ce contraste dans l'arrêt *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, aux pp. 1121 et 1122:

Yet it must be remembered there is a crucial difference between human rights legislation and constitutional rights. Human rights legislation is aimed at regulating the actions of private individuals. The *Charter's* goal is to regulate and, on occasion, to constrain actions of the state.

Therefore, in my opinion, while I recognize that marital status may be an analogous ground, I would emphasize that any reference to the grounds enumerated in provincial human rights legislation for the purpose of interpreting s. 15(1) of the *Charter* should be made with caution.

In illustrating my position that marital status may be an analogous ground, I would first reiterate my earlier conclusion that the benefits and burdens which the law attaches to marriage itself cannot be considered as giving rise to discrimination as they are distinctly related to the existence of marriage. It may well be, however, that discrimination might occur from benefits granted or burdens imposed on the basis of marital status but which are not relevant to the institution of marriage. *Geiger v. London Monenco Consultants Ltd.* (1992), 43 C.C.E.L. 291, illustrates the point. There, the Ontario Court of Appeal decided that an employer's policy to offer married, but not unmarried, employees at a remote job site return flights to their home was discrimination based on marital status contrary to s. 4(1) (now 5(1)) of the Ontario *Human Rights Code, 1981*. Robins J.A. held that marital status was unrelated to the employees' performance of their duties and responsibilities (at pp. 300-301). There was thus no connection between marital status and the nature or the functions of the employment. In such a context, marital status is an irrelevant basis of distinction between employees.

I would add that in *Andrews, supra*, at p. 196, La Forest J. also expressed this concern for the specific attributes of the personal characteristic in issue to be closely examined to determine whether and under what circumstances it might be an analogous ground. While La Forest J. found that citi-

Il faut toutefois se rappeler qu'il existe une différence cruciale entre les lois sur les droits de la personne et les droits constitutionnels. Les lois sur les droits de la personne visent à réglementer les actes de particuliers. Le but visé par la *Charte* est de réglementer et, à l'occasion, de restreindre les actions de l'État.

En conséquence, bien que je reconnaisse que l'état matrimonial puisse constituer un motif analogue, je tiens à souligner qu'il faut être prudent dans l'utilisation des motifs énumérés dans les lois provinciales sur les droits de la personne pour interpréter le par. 15(1) de la *Charte*.

Avant d'expliquer ma position qui veut que l'état matrimonial puisse constituer un motif analogue, je tiens à réitérer ma conclusion selon laquelle on ne peut considérer que les avantages et les fardeaux que la loi rattache au mariage même donnent lieu à une discrimination puisqu'ils sont clairement liés à l'existence même de cette institution. Cependant, il se pourrait bien qu'il y ait discrimination lorsque des avantages conférés ou des fardeaux imposés, pour un motif fondé sur l'état matrimonial, n'ont rien à voir avec l'institution du mariage. L'arrêt *Geiger c. London Monenco Consultants Ltd.* (1992), 43 C.C.E.L. 291, en est un exemple. Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que la politique d'un employeur d'offrir un vol aller retour aux employés mariés, mais non aux employés non mariés, travaillant en région éloignée, était discriminatoire pour un motif fondé sur l'état matrimonial, en contravention du par. 4(1) (maintenant 5(1)) du *Code des droits de la personne (1981)* de l'Ontario. Le juge Robins a statué que l'état matrimonial n'avait aucun rapport avec l'exécution des devoirs et responsabilités des employés (aux pp. 300 et 301). Il n'existait en conséquence aucun lien entre l'état matrimonial et la nature ou les fonctions de l'emploi. Dans un tel contexte, l'état matrimonial est un motif non pertinent de distinction entre les employés.

J'ajoute que, dans *Andrews, précité*, à la p. 196, le juge La Forest a également mentionné qu'il faut examiner de près les attributs spécifiques de la caractéristique personnelle en cause, pour déterminer si elle peut constituer un motif analogue et dans quelles circonstances. Bien que le juge

zanship was an analogous ground in relation to the right to practise law, he recognized that it may not be analogous in other circumstances:

There is no question that citizenship may, in some circumstances, be properly used as a defining characteristic for certain types of legitimate governmental objectives.

For example, citizenship is a relevant criterion to determine the entitlement to the right to vote in a federal election having regard to s. 3 of the *Charter*, and in this respect is not an analogous ground.

64 Accepting, then, that the analysis under s. 15(1) should be conducted with the specific attributes of the personal characteristic firmly in mind, I turn now to examine the nature of the benefits in the case at bar. Since it is my position that the benefits in this case are most appropriately characterized as falling within the scope of the support obligations attached to marriage, and the appellants base their argument on the similarity of those support obligations with those imposed on common law couples, I will first compare the nature and scope of the support obligations of married couples with those of common law couples. With this comparison in mind, I will then consider the relevancy of the distinction drawn by the insurance legislation in relation to its functional values.

65 One of the essential characteristics of marriage is the obligation of mutual support which rests upon the mutual lifetime commitment spouses make to each other and which endures until the dissolution of the marriage. While the support obligations of marriage are defined by legislation, it is only by freely choosing to assume married status that the parties also choose to accept those support obligations. By contrast, outside marriage, at common law, this consensual, mutual support obligation is non-existent. While it is true that the common law, through the constructive trust, may provide some relief at the end of a relationship, this is not specific to conjugal relationships and is only available with respect to property claims (*Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38). In short, only in

La Forest ait statué que la citoyenneté était un motif analogue relativement à l'exercice du droit, il a aussi reconnu qu'elle pourrait ne pas l'être dans d'autres circonstances:

Il ne fait aucun doute que la citoyenneté peut, dans certains cas, servir à bon droit de caractéristique distinctive relativement à certains types d'objectifs légitimes du gouvernement.

Par exemple, la citoyenneté est un critère pertinent pour déterminer qui possède le droit de vote à une élection fédérale compte tenu de l'art. 3 de la *Charte*, et à cet égard, il ne s'agit pas d'un motif analogue.

Admettant donc qu'il faut procéder à l'analyse fondée sur le par. 15(1) en gardant fermement à l'esprit les attributs spécifiques de la caractéristique personnelle, j'examine maintenant la nature des avantages en l'espèce. Puisque je suis d'avis que la meilleure façon de les décrire est de dire qu'ils se rattachent aux obligations de soutien inhérentes au mariage et que les appelants fondent leur argument sur la similitude entre ces obligations et celles qui sont imposées aux conjoints de fait, je vais d'abord comparer la nature et l'étendue des obligations de soutien des couples mariés avec celles des conjoints de fait. À partir de cette comparaison, j'examinerai ensuite la pertinence de la distinction établie par les lois sur les assurances par rapport à leurs valeurs fonctionnelles.

L'une des caractéristiques essentielles du mariage est l'obligation réciproque de soutien qui repose sur l'engagement à vie que prennent les conjoints l'un envers l'autre et qui dure jusqu'à la dissolution du mariage. Bien que la loi définisse les obligations de soutien, ce n'est qu'en choisissant librement d'assumer le statut de personne mariée que les parties choisissent aussi d'accepter de telles obligations. Par contre, en dehors du mariage, cette obligation de soutien consensuelle et réciproque n'existe pas en common law. Bien que, par application de la fiducie par interprétation, la common law permette d'accorder une réparation à la fin d'une union, ces effets ne se limitent pas aux unions conjugales et n'existent qu'à l'égard de réclamations de biens (*Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S.

cases where the legislator imposes a support obligation on unmarried couples does it exist. The Ontario *Family Law Act* is an example of the Legislature's intervention. Under that legislation, the support obligation arises in a factual situation of cohabitation, and is therefore imposed without any regard to the will of the parties. For instance, s. 30, Part III, of the Ontario *Family Law Act*, which might apply to the appellants, states: "Every spouse has an obligation to provide support for himself or herself and for the other spouse, in accordance with need, to the extent that he or she is capable of doing so." For the purpose of Part III, "spouse" has been defined as including either a man and a woman who are not married to each other and have cohabited, continuously for a period of not less than three years, or who are in a relationship of some permanence if they are the natural or adoptive parents of a child. The obligation terminates when cohabitation ceases. These obligations were only imposed by the *Family Law Reform Act* (S.O. 1978, c. 2, s. 14) in 1978.

Thus, in my view, the nature of the support obligations of unmarried couples and those of married couples is in essence very different. The sources of the obligations, the conditions governing their existence and their termination differ significantly, although both obligations may be given the same title.

In the case at bar, however, the appellant Miron claims that he should be entitled to accident benefits and loss of wage benefits under his unmarried partner's insurance policy because they are in the same situation as married spouses. The appellants submit that since the Ontario *Family Law Act* treats married and unmarried individuals in the same manner with respect to support obligations, they should have access to the means allowing them to fulfil their duty.

I cannot accept the appellants' position that because the *Family Law Act* imposes support obligations in particular circumstances on some

38). Bref, les couples non mariés n'ont une obligation de soutien que dans les cas où le législateur l'impose. La *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario est un exemple de l'intervention de la législature. En vertu de cette loi, l'obligation de soutien existe dans une situation de cohabitation, et est donc imposée indépendamment de la volonté des parties. Par exemple, l'art. 30, partie III, de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario, qui pourrait s'appliquer aux appelants, précise: «Chaque conjoint est tenu de subvenir à ses propres besoins et à ceux de son conjoint, dans la mesure de ses capacités et des besoins.» Pour les fins de la partie III, le terme «conjoint» a été défini comme s'entendant d'un homme et d'une femme qui ne sont pas mariés ensemble et qui cohabitent de façon continue depuis une période d'au moins trois ans, ou qui vivent une union d'une certaine permanence, s'ils sont les parents naturels ou adoptifs d'un enfant. Cette obligation prend fin lorsque cesse la cohabitation. Ces obligations n'ont été imposées qu'en 1978 par la *Family Law Reform Act* (S.O. 1978, ch. 2, art. 14).

Par conséquent, à mon avis, la nature des obligations de soutien des couples non mariés et de celles des couples mariés est essentiellement très différente. Les sources de ces obligations de même que les conditions qui en régissent l'existence et l'extinction diffèrent notablement et ce, même si les deux obligations sont désignées de la même manière.

En l'espèce, cependant, l'appellant Miron prétend qu'il devrait, en vertu de la police d'assurance de sa partenaire non mariée, avoir droit aux indemnités d'accident et aux indemnités pour perte de revenus parce qu'ils sont dans la même situation que des conjoints mariés. Les appelants soutiennent que puisque les personnes mariées et les personnes non mariées sont traitées de la même façon dans la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario en ce qui concerne les obligations de soutien, ils devraient avoir accès aux moyens leur permettant de s'acquitter de leurs obligations.

Je ne puis accepter la position des appelants voulant que, puisque la *Loi sur le droit de la famille* impose à certains couples non mariés des

66

67

68

unmarried couples, then it should follow that s. 15 of the *Charter* requires that common law spouses must be covered by all the provisions of the *Insurance Act*. Such an interpretation would in effect give an advantage to unmarried couples over married spouses since they are not burdened with the same obligations.

obligations alimentaires dans des circonstances particulières, l'art. 15 de la *Charte* exige que toutes les dispositions de la *Loi sur les assurances* s'appliquent aux conjoints de fait. Une telle interprétation aurait pour effet de conférer un avantage aux couples non mariés par rapport aux couples mariés puisqu'ils ne sont pas assujettis aux mêmes obligations.

69 Nor do I think that economic interdependence is, without further qualification, a relevant consideration in concluding that the appellants should be covered under the insurance policy. The benefits contained in the insurance policy fall within the scope of a mutual support obligation arising from marriage since they compensate for physical injury (medical and rehabilitation benefits) and material loss (income replacement benefits); without the insurance policy, a married spouse would have to provide this kind of support to his or her injured spouse. While the insurance policy clearly is concerned with economic interdependence, such interdependence is only relevant in so far as it relates to the institution of marriage. If we were to follow the appellants' reasoning, and focus on economic interdependence *simpliciter* in determining the scope of policy coverage required by the *Charter*, then even those not cohabiting for the required time or those who ceased cohabiting could claim benefits under the insurance policy. For instance, according to the appellants' arguments, if an unmarried partner suffered from a partial permanent physical injury, he or she could claim the benefits which in fact are a permanent indemnity, although cohabitation between unmarried couples unlike that of married spouses is not *de jure* of a permanent nature. Therefore, unmarried couples would receive an advantage from the insurance policy without having committed to mutual support obligations of the same duration.

Je ne crois pas non plus que l'interdépendance économique soit, sans autre précision, une considération pertinente pour conclure que les appelants devraient être couverts par la police d'assurance. Les indemnités prévues dans cette police s'inscrivent dans le cadre d'une obligation de soutien réciproque découlant du mariage puisqu'elles servent à dédommager au titre de lésions corporelles (indemnités pour soins médicaux et réadaptation) et de pertes matérielles (indemnités pour perte de revenus); sans la police d'assurance, un conjoint marié devrait fournir ce type de soutien à son conjoint blessé. Bien que la police d'assurance s'intéresse clairement à l'interdépendance économique, cette interdépendance n'est pertinente que dans la mesure où elle se rapporte à l'institution du mariage. Si nous suivions le raisonnement des appelants et mettions l'accent simplement sur l'interdépendance économique pour fixer l'étendue du champ d'application de la police exigée par la *Charte*, alors même les personnes qui n'ont pas cohabité pendant la période minimale prévue, ou les personnes qui ont cessé de cohabiter, pourraient réclamer des indemnités en vertu de la police d'assurance. Par exemple, selon les appelants, si un conjoint non marié subissait une lésion corporelle partielle permanente, il pourrait réclamer des indemnités qui sont en fait permanentes, même si la cohabitation entre conjoints non mariés n'est pas *de jure* de nature permanente comme pour les conjoints mariés. En conséquence, les couples non mariés tireraient un avantage de la police d'assurance sans avoir pris d'engagements de même durée en matière d'obligation réciproque de soutien.

70 I therefore conclude that, contrary to the appellants' assertion, unmarried couples are not in a sit-

Par conséquent, je conclus que, contrairement à ce que soutiennent les appelants, les couples non

uation identical to married spouses with respect to mutual support obligations.

Keeping the above considerations in mind, I move now to consider the relevancy of the functional values of the legislation to marital status. Both McLachlin J. and the *amicus curiae* identified the functional values of the benefits provided by the *Insurance Act* as relating to financial interdependence, and more specifically, the provision of support to families when one member is incapable of contributing to the family unit. The *amicus curiae* first raised this characterization of the benefit in this Court without providing any evidence.

I respectfully disagree with McLachlin J.'s description of the functional value of the benefits in the legislation. The very terms of the statute indicate that it was not the Legislature's intention to separate the benefit aimed at the financial well-being of families from the institution of marriage. On the contrary, in my view the Legislature was primarily concerned with defining certain benefits attached to marriage. In some cases, these benefits are extended to unmarried couples, but that does not change the essential character of the benefits, which is to provide support for marital relationships. Indeed, as the *amicus curiae* emphasized in relation to the amendments of this legislation since 1971, the Legislator's search "was directed towards defining a 'marriage-like' conjugal relationship". Thus, the functional value of the benefits is not to provide support for all family units living in a state of financial interdependence, but rather, the Legislature's intention was to assist those couples who are married, or, as in subsequent legislation, to assist certain prescribed couples who are in a "marriage-like relationship".

Furthermore, in my opinion it is clearly within the range of legitimate social policy for the Legislature to define the scope of a "marriage-like relationship". In other words, the functional value identified in this legislation, namely the support of marriage, is not itself discriminatory. Distinctions

mariés ne sont pas dans une situation identique à celle des conjoints mariés en ce qui concerne les obligations réciproques de soutien.

Avec à l'esprit l'ensemble de ces considérations, je passe maintenant à l'examen de la pertinence des valeurs fonctionnelles de la loi par rapport à l'état matrimonial. Selon le juge McLachlin et l'*amicus curiae*, les valeurs fonctionnelles des avantages conférés par la *Loi sur les assurances* ont trait à l'interdépendance financière et, plus particulièrement, au soutien offert aux familles dans les cas où un de ses membres n'est pas en mesure de contribuer à l'unité familiale. L'*amicus curiae* a mentionné cette caractérisation des avantages pour la première fois devant notre Cour, sans produire de preuve.

En toute déférence, je ne puis souscrire à la description que fait le juge McLachlin de la valeur fonctionnelle des avantages conférés par la loi. Le libellé même de la loi indique que la législature n'avait pas l'intention de scinder de l'institution du mariage l'avantage destiné à favoriser le bien-être financier des familles. Au contraire, à mon avis, la législature voulait avant tout définir certains avantages rattachés au mariage. Dans certains cas, ces avantages sont accordés aux couples non mariés, mais cela n'en change pas pour autant le caractère essentiel, qui est le soutien du mariage. En fait, comme l'*amicus curiae* le souligne relativement aux modifications apportées à cette loi depuis 1971 le législateur visait à [TRADUCTION] «définir une union conjugale du «type du mariage»». En conséquence, la valeur fonctionnelle des avantages n'est pas de venir en aide à toutes les unités familiales qui vivent dans un état d'interdépendance financière; en réalité, la législature avait l'intention d'aider les couples mariés ou, comme le prévoient des lois ultérieures, de venir en aide à certains couples identifiés se trouvant dans une «union du type du mariage».

De plus, à mon avis, il relève clairement de la législature, dans le cadre d'une politique sociale légitime, de définir l'étendue d'une «union du type du mariage». En d'autres termes, la valeur fonctionnelle identifiée dans cette loi, savoir le soutien du mariage, n'est pas en soi discriminatoire. Les

71

72

73

as to the scope of the institution and the benefits which attach thereto are properly the objects of legislative definition; assessing the legitimacy of those definitions must necessarily take into account the fundamental position of the institution of marriage in our society.

distinctions relatives à la portée de l'institution et aux avantages qui s'y rattachent peuvent faire l'objet d'une définition dans la loi; l'examen du caractère légitime de ces définitions doit nécessairement tenir compte de la position fondamentale de l'institution du mariage dans notre société.

74

In this case, the appellants and others like them do not fall within the scope of the Legislature's definition of "spouse", since as noted above, "spouse" refers exclusively to married spouses. The *Insurance Act* demonstrates that where the Ontario Legislature has decided to extend some of the benefits conferred on married couples to unmarried couples, it expressly so provides and defines the conditions (such as the number of years of cohabitation, or the presence of a child). Thus, while the Legislature introduced the no-fault insurance benefits in 1971, as the *amicus curiae* pointed out it was not necessary at that time to define "spouse" as that term would have undoubtedly been interpreted as "married spouse". Only in 1978 did the Legislature modify the *Insurance Act* and decide to extend death benefits to unmarried couples. This was done as a remedial measure because without that amendment, the "lawful" surviving spouse would receive such benefits, even if the married spouses had been separated for years previously and the deceased spouse had been cohabiting at the time of his or her death with an unmarried partner. The amendment thus provided the death benefit to the unmarried partner over the lawful spouse, thereby extending to unmarried cohabitants a benefit previously restricted to married spouses.

En l'espèce, les appelants et d'autres comme eux ne sont pas visés par la définition donnée au terme «conjoint» par la législature, puisque ce terme, comme je l'ai déjà fait remarquer, désigne exclusivement les conjoints mariés. La *Loi sur les assurances* illustre bien que la législature ontarienne, dans les cas où elle a décidé d'accorder aux couples non mariés certains des avantages conférés aux couples mariés, exprime explicitement son intention ainsi que les conditions à remplir (par exemple le nombre d'années de cohabitation ou la présence d'un enfant). Ainsi, lorsque la législature a instauré en 1971 le régime d'assurance hors faute, il n'était pas nécessaire à cette époque, comme le fait ressortir l'*amicus curiae*, de définir le terme «conjoint» puisqu'il aurait inévitablement reçu le sens de «conjoint marié». Ce n'est qu'en 1978 que la législature a modifié la *Loi sur les assurances* et a décidé d'étendre les prestations de décès aux couples non mariés. Cela se voulait une mesure réparatrice, parce que, sans la modification, c'était le conjoint survivant «légitime» qui recevait les prestations, même si le couple en question était séparé depuis des années et si le conjoint décédé cohabitait, au moment de son décès, avec un conjoint non marié. La modification a donc permis d'accorder les prestations de décès au partenaire non marié plutôt qu'au conjoint légitime et de conférer ainsi aux conjoints en cohabitation un avantage auparavant accordé seulement aux conjoints mariés.

75

It should be noted that after this case was initiated, the Legislature amended the *Insurance Act* in 1990 to extend the definition of "spouse" to include heterosexual couples who have cohabited for three years or live in a permanent relationship with a child. In enlarging the definition of "spouse", the Legislature was again simply carrying out its legitimate function of defining a "marriage-like relationship" for the purposes of benefits

Il faut noter que, après l'introduction de la présente action, la législature a modifié la *Loi sur les assurances* en 1990 pour élargir la définition du terme «conjoint» de façon à inclure les couples hétérosexuels qui cohabitent depuis trois ans ou qui vivent une union permanente et ont un enfant. Lorsqu'elle a élargi la définition de «conjoint», la législature n'a fait qu'exercer sa fonction légitime de définir une «union du type du mariage» pour les

legislation. As in the case of the extension of a mutual support obligation to some unmarried couples, it is a matter of social policy for legislators to decide when and to what extent the attributes of marriage and their consequences should be extended and imposed upon unmarried couples, as indeed the Ontario Legislature decided to do in 1990 in amending the *Insurance Act*.

As a corollary of my position that it is within the scope of legitimate social policy for the Legislature to define the scope of "marriage-like relationships", I would add that there is no obligation on the Legislature to extend all the attributes of marriage to unmarried couples. As La Forest J. observed in *Andrews, supra*, at p. 194:

... it was never intended in enacting s. 15 that it become a tool for the wholesale subjection to judicial scrutiny of variegated legislative choices in no way infringing on values fundamental to a free and democratic society. . . . I am not prepared to accept that all legislative classifications must be rationally supportable before the courts. Much economic and social policy-making is simply beyond the institutional competence of the courts: their role is to protect against incursions on fundamental values, not to second guess policy decisions. [Emphasis in original.]

In short, it is my view that a Legislature may as a matter of social policy choose whether and under what circumstances to extend some or all of the attributes of marriage to unmarried couples without running afoul of s. 15(1) of the *Charter*. Indeed, as I suggested above, to extend all the attributes of marriage to unmarried couples would interfere directly with the individual's freedom to voluntarily choose whether to enter the institution of marriage by imposing consequences on cohabitation without any regard to the will of the parties.

The courts must therefore be wary of second-guessing legislative social policy choices relating to the status, rights and obligations of marriage, a

fins de l'application des avantages accordés par la loi. Comme dans le cas de l'extension de l'obligation réciproque de soutien aux couples non mariés, il revient au législateur de décider dans le cadre de sa politique sociale, quand et dans quelle mesure les attributs du mariage et leurs conséquences devraient être élargis et imposés aux couples non mariés, comme la législature de l'Ontario l'a fait en 1990 lorsqu'elle a modifié la *Loi sur les assurances*.

En corollaire de ma position qui veut que la législature puisse, dans le cadre de sa politique sociale légitime, définir l'étendue des «unions du type du mariage», je tiens à ajouter qu'elle n'est pas tenue d'accorder tous les attributs du mariage à des couples non mariés. Comme le fait remarquer le juge La Forest dans l'arrêt *Andrews*, précité, à la p. 194:

... en adoptant l'art. 15 on n'a jamais voulu qu'il serve à assujettir systématiquement à l'examen judiciaire des choix législatifs disparates qui ne portent aucunement atteinte aux valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique. [. . .] je ne suis pas prêt à accepter que toutes les classifications législatives doivent être rationnellement défendables devant les tribunaux. Une bonne partie de la formulation des politiques en matière socio-économique ne relève tout simplement pas de la compétence institutionnelle des tribunaux: leur rôle est d'assurer une protection contre les empiètements sur des valeurs fondamentales et non de vérifier des décisions de principe. [Souligné dans l'original.]

En résumé, j'estime qu'une législature peut, dans le cadre de sa politique sociale, choisir si elle va conférer tout ou partie des attributs du mariage aux couples non mariés, et dans quelles circonstances, sans contrecarrer le par. 15(1) de la *Charte*. En fait, comme je l'ai déjà indiqué, conférer tous les attributs du mariage aux couples non mariés porterait directement atteinte à la liberté d'une personne d'opter volontairement pour l'institution du mariage, puisque l'on imposerait des conséquences à la cohabitation, sans tenir compte de la volonté des parties.

Les tribunaux doivent donc se garder de prêter des intentions au législateur dans ses choix de politique sociale en matière de statut, de droits et

basic institution of our society intimately related to its fundamental values. Barring evidence of a change in these values by a clear consensus that there should be a constitutional constraint on the powers of the state to legislate in relation to marriage, the matter must remain within the scope of legitimate legislative action.

78

In closing, I note that similar views on the ambit of legitimate legislative discretion in defining the attributes of marriage have been asserted elsewhere. For instance, although the American approach to discrimination differs from that under our *Charter*, the Supreme Court of California in *Norman v. Unemployment Insurance Appeals Board*, 663 P.2d 904 (Cal. 1983), at pp. 907-8, reaffirmed the conclusion it had reached in *Marvin, supra*, that “[i]t is for the Legislature to determine whether such relationships [unmarried couples], because of their commonness in today’s society or for other policy reasons, deserve the statutory protection afforded the sanctity of the marriage union”. The California Court of Appeal also expressed similar views in the case of *Hendrix v. General Motors Corp.*, 193 Cal.Rptr. 922 (Ct.App. 1 Dist. 1983), at p. 925:

This strong public policy [of fostering the institution of marriage] would be thwarted if persons could gain marital legal rights without accepting the correlative marital legal responsibilities. . . . Were this court to extend to unmarried persons legal rights heretofore confined to married persons, we would overstep our authority and usurp the authority of the Legislature to set public policy. Only the Legislature responsible to the electorate should have the power to make such a radical change in the fabric of society.

79

This American approach accurately points out that it falls within the scope of the Legislature’s legitimate authority to determine the conditions under which unmarried couples should benefit from rights attached to marriage without having to assume the correlative obligations. In the context

d’obligations du mariage, institution de base de notre société étroitement liée à ses valeurs fondamentales. En l’absence de preuve de modification de ces valeurs par un consensus clair reconnaissant que la Constitution devrait limiter les pouvoirs de l’État de légiférer relativement au mariage, c’est une question qu’il faut laisser au législateur le soin de trancher.

En terminant, je tiens à faire remarquer que l’on a exprimé ailleurs des points de vue similaires sur l’étendue du pouvoir discrétionnaire du législateur lorsqu’il définit les attributs du mariage. Par exemple, bien que l’analyse américaine en matière de discrimination diffère de celle que nous avons adoptée en vertu de notre *Charte*, la Cour suprême de la Californie, dans l’arrêt *Norman c. Unemployment Insurance Appeals Board*, 663 P.2d 904, (Cal. 1983), aux pp. 907 et 908, a confirmé la conclusion qu’elle avait prononcée dans l’arrêt *Marvin*, précité: [TRADUCTION] «Il appartient à la législature de déterminer si ce genre d’union [les couples non mariés], à cause de son caractère courant dans la société moderne ou pour d’autres raisons de principe, mérite de recevoir la protection que la loi accorde au caractère sacré du mariage.» La Cour d’appel de la Californie a aussi exprimé des points de vue similaires dans l’arrêt *Hendrix c. General Motors Corp.*, 193 Cal.Rptr. 922 (Ct.App. 1 Dist. 1983), à la p. 925:

[TRADUCTION] Ce solide principe d’ordre public [favoriser l’institution du mariage] serait contrecarré si des personnes pouvaient bénéficier des droits légaux découlant du mariage sans en accepter les responsabilités légales corrélatives. [. . .] Si notre cour devait étendre aux personnes non mariées des droits jusqu’à maintenant reconnus par la loi aux seules personnes mariées, elle outrepasserait son autorité et usurperait le pouvoir du législateur de déterminer ce qui constitue l’ordre public. Seul le législateur, qui est responsable devant l’électorat, devrait avoir le pouvoir de procéder à une modification radicale du contexte social.

Cette démarche américaine établit clairement qu’il relève du pouvoir légitime de la législature de déterminer dans quelles conditions des couples non mariés devraient bénéficier de droits rattachés au mariage, sans avoir à en assumer les obligations corrélatives. Dans le contexte d’une loi définissant

of legislation defining the rights and obligations attached to marriage, marital status is a relevant ground of distinction. Moreover, s. 15 of the *Charter* does not compel the Legislature to extend the status, benefits or burdens of marriage to unmarried couples.

V — Conclusion

To conclude, in my view, the benefits the appellants claim under the insurance policy are most appropriately characterized as relating to the support obligations existing between married spouses. In that context, marital status cannot be a ground of discrimination since the distinction pertains to an inherent aspect of marriage, namely support obligations, and the function of the impugned provisions of this legislation is relevant to that status. Therefore, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — Although I agree with the result reached in the instant case by Justice McLachlin, I arrive at this conclusion somewhat differently. For the reasons I set out in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, released concurrently I prefer to focus on the group adversely affected by the distinction as well as on the nature of the interest affected, rather than on the grounds of the impugned distinction. What follows, therefore, is my application of the framework developed in *Egan* to the facts of this case.

This case raises the question of the definition of “spouse”, as that term is used in Section B, Subsection 2, and Section B, Subsection 3, Part II, of the Ontario Standard Automobile Policy. Although the term “spouse” is not defined anywhere in the legislation, I will assume without deciding, for the purposes of the following analysis, that its statutory interpretation contemplates only married couples and therefore excludes unmarried couples that are cohabiting. I shall therefore pass directly to an examination of whether this distinction violates s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and*

les droits et obligations rattachés au mariage, l'état matrimonial est un motif pertinent de distinction. En outre, l'art. 15 de la *Charte* n'exige pas d'une législature qu'elle offre aux couples non mariés le statut, les avantages ou les responsabilités du mariage.

V — Conclusion

En conclusion, je suis d'avis que les indemnités réclamées par les appelants en vertu de la police d'assurance devraient être considérées comme se rattachant aux obligations de soutien qui existent entre conjoints mariés. Dans ce contexte, l'état matrimonial n'est pas un motif de discrimination puisque la distinction touche à un aspect inhérent du mariage, soit les obligations de soutien, et la fonction des dispositions attaquées de la loi est pertinente par rapport à cet état. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Bien que je sois d'accord avec le résultat auquel en arrive Madame le juge McLachlin, ma conclusion se fonde sur un raisonnement quelque peu différent. Pour les raisons que j'ai formulées dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, rendu simultanément, je préfère mettre l'accent sur le groupe lésé par la distinction et sur la nature des intérêts affectés, plutôt que sur les motifs de la distinction attaquée. Ce qui suit constitue, par conséquent, une application aux faits de la présente affaire de l'analyse élaborée dans l'arrêt *Egan*.

Le présent pourvoi soulève la question de la définition du terme «conjoint», tel qu'utilisé au chapitre B, divisions 2 et 3, subdivision II de l'Ontario Standard Automobile Policy. Bien que ce terme ne soit défini nulle part dans le texte législatif, pour les fins de l'analyse qui suit, je présume, sans toutefois en décider, que son interprétation législative ne vise que les couples mariés et exclut par conséquent les couples non mariés qui font vie commune. C'est pourquoi j'examinerai immédiatement si cette distinction viole l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et si, dans l'affir-

80

81

82

Freedoms and, if so, whether it can be saved by s. 1 of the *Charter*.

A. Section 15

83 In *Egan*, I set out the following factors that must be established by a rights claimant before the impugned distinction will be found to be discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Charter*: (1) there must be a legislative distinction; (2) this distinction must result in a denial of one of the four equality rights on the basis of the rights claimant's membership in an identifiable group; and (3) this distinction must be "discriminatory" within the meaning of s. 15. I shall address each of these factors below.

84 To begin with, assuming that the meaning of "spouse" in the Standard Automobile Policy is limited to married couples, then it follows that a distinction is, indeed, made in the legislation.

85 The second question requires inquiry into whether the distinction has the effect of imposing a burden, obligation, or disadvantage not imposed on others, or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others. The parameters of this inquiry cannot, however, generally be established without first ascertaining the appropriate basis for comparison. In other words, only once the appropriate comparator group has been identified can it be decided that there has been a denial of one of the four equality rights.

86 The respondents argue that the fact that the cohabiting appellants seek to compare themselves to persons who are married is, essentially, returning to the similarly situated test rejected by this Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. In my view, this argument is incorrect. The similarly situated test, in essence, requires that persons who are "similarly situated be similarly treated", and that persons who are "differently situated be differently treated". It was rejected by this Court on the basis that it contemplated only formal, Aristotelian equality, and because it excluded any consideration of the nature of the impugned law itself: *Andrews, supra*, at

matrice, elle peut être sauvegardée par l'article premier de la *Charte*.

A. L'article 15

Dans l'arrêt *Egan*, j'énumère les facteurs, dont la preuve est exigée de celui qui invoque des droits afin que la distinction attaquée puisse être considérée comme discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte*: (1) la loi doit créer une distinction; (2) cette distinction doit entraîner une violation de l'un des quatre droits à l'égalité, fondée sur l'appartenance de la personne qui invoque le droit à un groupe identifiable, et (3) cette distinction doit être «discriminatoire» au sens de l'art. 15. J'examine, ci-après, chacun de ces facteurs.

Tout d'abord, en supposant que le terme «conjoint» dans la Standard Automobile Policy ne vise que les couples mariés, il s'ensuit que le texte législatif crée effectivement une distinction.

Le deuxième facteur nous amène à examiner si la distinction a pour effet d'imposer un fardeau, une obligation ou un désavantage non imposés à d'autres, ou encore d'exclure ou de limiter l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres. En règle générale, les paramètres de cet examen ne peuvent, toutefois, être déterminés sans d'abord établir la base de comparaison appropriée. En d'autres termes, ce n'est qu'en définissant d'abord le groupe de comparaison que l'on peut ensuite décider s'il y a eu violation de l'un des quatre droits à l'égalité.

Selon les intimés, le fait que les appelants faisant vie commune cherchent à se comparer à des personnes mariées constitue, essentiellement, un retour au critère de la situation analogue que notre Cour a rejeté dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. À mon avis, cet argument n'est pas fondé. En vertu du critère de la situation analogue, les personnes qui se trouvent dans une «situation analogue doivent être traitées de façon analogue», et les personnes qui se trouvent dans des «situations différentes doivent être traitées différemment». Notre Cour a rejeté ce critère parce qu'il ne visait que le principe aristotélien d'égalité formelle et qu'il excluait toute con-

pp. 165-68. In rejecting the similarly situated test as a means to identify discrimination, however, this Court did not reject in principle the process of drawing comparisons between groups. In fact, McIntyre J. noted at p. 164 that

[Equality] is a comparative concept, the condition of which may only be attained or discerned by comparison with the condition of others in the social and political setting in which the question arises.

In short, comparisons between different groups are necessary to discern the differential effect of the legislation and to assist the court in properly characterizing and identifying the groups that are relevant to the particular s. 15 inquiry at hand.

The question then becomes, who or what do we compare for the purpose of determining whether an equality right has been denied? In the instant case, the interpretation of "spouse" in the Standard Automobile Policy distinguishes between persons who are married and persons who are not married, and results in the extension of a benefit only to the former. The group of persons who are not married, however, comprises many subsets: for instance, persons cohabiting in a conjugal relationship (e.g. common law spouses), persons cohabiting who are not in a conjugal relationship (e.g. roommates), persons who are related (e.g. brother-sister), and single persons.

The guarantee of equality in s. 15 does not require that the entire, collective, heterogeneous group of non-married persons be compared against the essentially homogeneous group of married persons. In fact, uncritical comparison of dissimilar groups can undermine the purposes of s. 15 of the *Charter* rather than further them. Comparison is only a fruitful exercise when carried out between groups that possess sufficient analogous qualities to make the exercise of comparison meaningful in respect of the distinction being examined. Thus, in the present case, the only appropriate comparison

sidération de la nature de la loi attaquée: *Andrews*, précité, aux pp. 165 à 168. Cependant, lorsque notre Cour a rejeté le critère de la situation analogue comme moyen d'en déduire une forme de discrimination, elle n'a pas pour autant rejeté le processus de comparaison entre groupes. En fait, le juge McIntyre affirme, à la p. 164:

[L'égalité] est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée.

En résumé, il est nécessaire de comparer des groupes différents pour être en état, d'une part, de discerner la manière dont l'effet du texte législatif varie et, d'autre part, d'aider le tribunal à bien qualifier et identifier les groupes qui sont pertinents relativement à l'examen fondé sur l'art. 15.

La question devient alors de savoir sur qui ou sur quoi doit porter la comparaison visant à établir s'il y a eu négation d'un droit à l'égalité. Dans le cas qui nous occupe, l'interprétation du terme «conjoint» dans la Standard Automobile Policy donne lieu à une distinction entre les personnes qui sont mariées et celles qui ne le sont pas, le versement d'une indemnité n'étant prévu que pour le premier groupe. Le groupe de personnes non mariées se compose, cependant, de nombreux sous-groupes, notamment, les personnes qui cohabitent et qui vivent en union conjugale (p. ex.: les conjoints de fait), les personnes qui cohabitent et qui ne vivent pas en union conjugale (p. ex.: les colocataires), les personnes qui ont un lieu de parenté (p. ex.: un frère et une sœur) et les personnes célibataires.

La garantie d'égalité visée à l'art. 15 n'exige pas que tout le groupe collectif et hétérogène des personnes non mariées soit comparé au groupe essentiellement homogène des personnes mariées. En fait, une comparaison sans nuance de groupes dissimilaires peut contrecarrer les fins de l'art. 15 de la *Charte* plutôt que d'en favoriser la réalisation. Une comparaison ne constitue un exercice utile relativement à la distinction examinée que si elle porte sur des groupes qui possèdent suffisamment de qualités analogues. Par conséquent, la seule comparaison appropriée dans le cas qui nous

87

88

is between married persons and unmarried persons who are in a relationship analogous to marriage (i.e. of some degree of publicly acknowledged permanence and interdependence). In other words, with all other things being roughly equal, the latter group is denied the equal benefit of the law for essentially one reason: the fact that they are not married.

occupe est celle de personnes mariées et de personnes non mariées dont l'union est analogue au mariage (c.-à-d. comportant une certaine permanence et une certaine interdépendance publiquement reconnues). En d'autres termes, toutes choses étant à peu près égales par ailleurs, les personnes non mariées sont privées du même bénéfice de la loi pour essentiellement une seule raison: le fait qu'elles ne sont pas mariées.

89 What constitutes a relationship analogous to marriage is, of course, potentially a subject of considerable debate. I prefer not to engage in this debate. I am, however, satisfied that the appellants Miron and Valliere fall within this group. In August 1987 at the time of the accident which resulted in the present litigation, they had been cohabiting as common law spouses for over four years, and Miron was the father of two of Valliere's three children, aged two and five. Miron and Valliere would fall within any number of legislatively accepted definitions of "relationship analogous to marriage". For this reason, I am satisfied that the impugned legislation denies Miron and Valliere the equal benefit of the law on the basis that they are in a relationship analogous to marriage.

Il va sans dire que la définition d'une union analogue au mariage est un sujet susceptible de soulever un important débat. Je préfère ne pas m'engager sur cette voie. Cependant, je n'ai aucun doute que les appelants Miron et Valliere font partie de ce groupe. En août 1987, à l'époque de l'accident qui a donné lieu au présent litige, ils cohabitaient comme conjoints de fait depuis plus de quatre ans et Miron était le père de deux des trois enfants de Valliere, âgés de deux et cinq ans. Miron et Valliere tomberaient sous le coup d'un certain nombre de définitions de l'expression «union analogue au mariage» acceptées par le législateur. Je suis donc convaincue que le texte législatif attaqué prive Miron et Valliere du droit au même bénéfice de la loi pour le motif qu'ils cohabitent dans une union analogue au mariage.

90 The last ingredient in a s. 15 analysis is an inquiry into whether the distinction is "discriminatory" within the meaning of s. 15 of the *Charter*. In *Egan, supra*, I stated that a distinction would be discriminatory within the meaning of s. 15 where it is capable of either promoting or perpetuating the view that the individual adversely affected by this distinction is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration. I noted, as well, that this examination should be undertaken from a subjective-objective perspective. To give form and substance to this examination, I elaborated upon how discriminatory impact can be assessed by looking to the nature of both the interest and the group adversely affected by the impugned distinction. I observed, moreover, that neither category of factors will generally yield

Le dernier élément d'une analyse fondée sur l'art. 15 de la *Charte* est de savoir si la distinction est «discriminatoire» au sens de cet article. Dans l'arrêt *Egan*, précité, j'énonce qu'une distinction est discriminatoire au sens de l'art. 15 si elle est susceptible de favoriser ou de perpétuer l'opinion que les individus lésés par cette distinction sont moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. J'ai également fait remarquer que cette analyse devrait être effectuée selon une norme subjective-objective: Afin d'illustrer la forme et la substance de cet examen, j'ai expliqué comment on peut évaluer l'incidence discriminatoire en scrutant tant la nature de l'intérêt en question que celle du groupe lésés par la distinction attaquée. J'ai fait remarquer, en outre, que ni l'une ni l'autre

meaningful results without consideration of the other. It is to these factors that I now turn.

1. *The Nature of the Group Affected*

The question of whether or not persons in relationships analogous to marriage have typically suffered historical disadvantage is not clear-cut, partly because the modern phenomenon of common law cohabitation as an alternative to marriage is a comparatively recent one. The subgroups within the ground of marital status that have typically suffered the most historical disadvantage and marginalization are individuals who are single parents, or are divorced or separated. The mere fact that common law spouses are not the first group that comes to mind when considering historical disadvantage does not mean, however, that such relationships have escaped completely from societal opprobrium. In fact, non-traditional relationships outside of marriage have in the past generally been frowned upon and considered undesirable by large portions of society. Only recently have they come to be increasingly accepted. That they have become more accepted does not mean, however, that they are now accepted without reservation into the mainstream of society. The assumptions and attitudes underlying the continuing societal disapproval of such relationships are, in many ways, both exemplified and perpetuated by the impugned law, which essentially deems that John Miron and Jocelyne Valliere, a couple who at the time of the accident had been living together as common law spouses for over four years and had two children together, are not an interdependent family unit worthy of protection against the potentially catastrophic financial losses flowing from injury to one of their members.

The group of persons in relationships analogous to marriage is, of course, not homogenous. Clearly, the effect of a distinction will be felt more severely by certain persons within that group than by others. In the present case, sensitivity to what is reasonable and representative of the group of persons in relationships analogous to marriage there-

de ces catégories de facteurs ne donnera généralement de résultats significatifs sans que l'autre ne soit pris en considération. Ce sont ces facteurs que j'examinerai maintenant.

1. *La nature du groupe affecté*

On ne saurait dire avec certitude si les personnes dont l'union est analogue au mariage ont généralement été victimes d'un désavantage historique, en partie parce que le phénomène moderne de la cohabitation de fait comme alternative au mariage est relativement récent. En ce qui concerne le motif relatif à l'état matrimonial, les sous-groupes qui ont généralement été le plus défavorisés et le plus marginalisés dans l'histoire sont les parents célibataires, ou les personnes divorcées ou séparées. Le simple fait que les conjoints de fait ne soient pas le premier groupe qui nous vienne à l'esprit dans l'examen du désavantage historique ne signifie pas, cependant, que ce type d'union ne soulève aucunement l'opprobre de la société. En fait, de larges segments de notre société ont généralement désapprouvé et considéré comme peu souhaitables les unions hors mariage, qui dérogent à la tradition. Ce n'est que depuis peu que ces unions sont de plus en plus acceptées. Le fait qu'elles soient mieux acceptées ne signifie pas, cependant, qu'elles le soient sans réserve par l'ensemble de la société. Les idées préconçues et les attitudes sous-jacentes à la constante désapprobation de ces unions par la société sont, à de nombreux égards, reprises et perpétuées par la loi attaquée. Celle-ci considère essentiellement que John Miron et Jocelyne Valliere, couple qui, au moment de l'accident, vivait ensemble depuis plus de quatre ans comme conjoints de fait et avait deux enfants, ne constituent pas une unité familiale interdépendante digne de protection contre des pertes financières, parfois catastrophiques si un membre de cette unité est blessé.

Le groupe des personnes cohabitant dans une union analogue au mariage n'est certes pas homogène. De toute évidence, certaines personnes au sein de ce groupe ressentiront davantage que d'autres l'incidence d'une distinction. Dans le cas qui nous occupe, pour tenir compte de ce qui est raisonnable et représentatif du groupe des per-

fore requires that we examine the issue from the perspective of both men and women. Although I will elaborate on this point very shortly, I think it important to note at this juncture that courts and legislatures have already acknowledged that the effect of a distinction based on marital status may be felt more severely by women than by men. I therefore have no difficulty concluding that persons in opposite-sex relationships analogous to marriage have suffered, and continue to suffer, some disadvantage, disapproval and marginalization in society, and are therefore somewhat sensitive to legislative distinctions having prejudicial effects.

sonnes dans une union analogue au mariage, il nous faut examiner cette question du point de vue des hommes et des femmes. J'expliquerai davantage ce point ci-après, mais je tiens à préciser pour l'instant que les tribunaux et les législatures ont déjà reconnu qu'il est possible que les femmes ressentent davantage que les hommes l'incidence d'une distinction fondée sur l'état matrimonial. Je n'ai donc aucune difficulté à conclure que les personnes cohabitantes dans une union hétérosexuelle analogue au mariage ont subi et continuent de subir un désavantage, une désapprobation et une marginalisation dans la société, et qu'elles sont en conséquence assez sensibles aux distinctions législatives comportant des effets préjudiciables.

93 Membership in a discrete and insular minority that is politically weak is another relevant consideration identified in *Andrews* and subsequent jurisprudence. I am not convinced, however, that it can necessarily be said that persons in relationships analogous to marriage represent a discrete and insular minority, or a politically powerless or vulnerable group. I emphasize, though, that the presence or absence of this factor alone, like any others, cannot be dispositive of the s. 15 analysis.

L'appartenance à une minorité discrète et insulaire dépourvue de pouvoir politique est une autre considération pertinente mentionnée dans l'arrêt *Andrews* et dans la jurisprudence subséquente. Cependant, je ne suis pas convaincue que l'on puisse nécessairement affirmer que les personnes qui cohabitent dans une union analogue au mariage constituent une minorité discrète et insulaire, ou qu'il s'agisse d'un groupe vulnérable ou dépourvu de pouvoirs politiques. Je tiens, toutefois, à préciser que la présence ou l'absence de ce seul facteur, comme de quelque autre facteur, ne saurait être déterminant en ce qui a trait à l'analyse fondée sur l'art. 15.

94 The last important factor to be considered is whether the impugned distinction is based upon a fundamental attribute of 'personness' or 'humaneness'. Many argue that marriage is a choice, and that cohabiting persons who are not married have often made a conscious choice to avoid the rights and obligations incumbent upon marriage. Consequently, since marriage is a legal status which people can assume by choice in a manner analogous to contract, it is argued that a distinction based upon this status does not touch upon anything that is sufficiently personal that it could be a basis for discrimination. A corollary of this argument is that treating common law couples in a manner similar to married couples would undermine people's "free choice" to contract in or out of these rights and obligations. Although the absence or presence

Le dernier facteur d'importance dont il faille tenir compte est de savoir si la distinction attaquée est fondée sur un attribut fondamental de la «personnalité» ou de la «nature humaine». Plusieurs soutiennent que le mariage est un choix et que les personnes qui font vie commune sans être mariées ont souvent effectué un choix conscient dans le but d'éviter les droits et obligations imposés par le mariage. En conséquence, puisque le mariage est un état juridique qu'on peut assumer par choix comme c'est le cas pour un contrat, on soutient qu'une distinction fondée sur cet état ne touche rien de suffisamment personnel pour constituer un fondement de discrimination. Un corollaire de cet argument est qu'en traitant les couples en union de fait d'une façon similaire à ceux qui sont mariés, on restreint le «libre choix» des gens de s'engager

of an element of “choice” should not be determinative of s. 15 analysis, my colleague Justice Gonthier addresses it in his reasons and I feel compelled to make some observations in this respect.

In my view, the decision of whether or not to marry can, indeed, be one of the most personal decisions an individual will ever make over the course of his or her lifetime. It can be as fundamental, as momentous, and as personal as a choice regarding, for instance, one’s citizenship or even one’s religion. Although certain rights and obligations follow from each one of these three diverse choices, it does not render any of these choices justice to reduce them to a question of contract. I highly doubt, for instance, that people enter the institution of marriage because it strikes them as offering an attractive package of contractual rights and obligations. By that same token, people who make a conscious decision not to subscribe to the institution of marriage may very well be motivated by very personal beliefs which have nothing whatsoever to do with the contractual rights and obligations that incidentally attach to that status.

Beyond this preliminary objection, however, my disagreement with the assertion that marriage is simply a matter of individual choice goes far deeper. In particular, I believe that this argument is premised upon an important and, in my mind, unchallenged assumption: that the majority of unmarried persons living in a relationship of some interdependence and duration are, indeed, exercising a “free choice”. In my respectful view, this assumption may mischaracterize the reality of a significant number of persons in non-traditional relationships. This silent and oft-forgotten group constitutes couples in which one person wishes to be in a relationship of publicly acknowledged permanence and interdependence and the other does not:

par contrat à assumer les droits et obligations du mariage ou de s’en soustraire. Même si l’absence ou la présence d’un élément de «choix» ne devrait pas être déterminante dans le cas d’une analyse fondée sur l’art. 15, comme mon collègue le juge Gonthier traite de cette question dans ses motifs, je me sens tenue de faire quelques observations à ce sujet.

À mon avis, la décision de se marier ou non peut, en effet, être la décision la plus personnelle qu’une personne prendra au cours de sa vie. Elle peut être aussi fondamentale, voire capitale, et aussi personnelle qu’un choix, par exemple, en matière de citoyenneté ou même de religion. Bien que certains droits et obligations se rattachent à chacun de ces trois choix, on ne saurait en toute justice les réduire à une question de contrat. Par exemple, je doute fort que les gens choisissent l’institution du mariage parce qu’elle semble leur offrir un ensemble intéressant sur le plan des droits et obligations contractuels. Dans la même veine, les personnes qui choisissent délibérément de ne pas se marier pourraient bien être motivées par des croyances fort personnelles qui n’ont rien à voir avec les droits et obligations contractuels accessibles au mariage.

Cependant, mon désaccord avec l’affirmation voulant que le mariage soit tout simplement une question de choix personnel va beaucoup plus loin que cette objection préliminaire. Tout particulièrement, j’estime que cet argument se fonde sur une hypothèse importante que, selon moi, on n’a pas relevée, suivant laquelle c’est à l’issue d’un «libre choix» que la majorité des personnes non mariées vivent dans une union comportant une certaine interdépendance et d’une certaine durée. À mon humble avis, dans le cas d’un grand nombre de personnes vivant en union non traditionnelle, cette hypothèse risque de déformer la réalité. Ce groupe silencieux, souvent oublié, se compose de couples dans lesquels un seul des deux conjoints désire s’engager dans une union d’une certaine permanence et interdépendance qui soit publiquement reconnue comme telle:

The two partners in a relationship may not have similar views: while one partner may value personal autonomy, that view may not be shared by the other. One may in fact be anxious to marry, while the other resists it. Whose view of the relationship is to prevail? . . . The flip side of one person's autonomy is often another's exploitation. [Emphasis added.]

(W. Holland, "Marriage and Cohabitation — Has the Time Come to Bridge the Gap?" in *Family Law: Roles, Fairness and Equality*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993, 369, at p. 380.) It is small consolation, indeed, to be told that one has been denied equal protection under the *Charter* by virtue of the fact that one's partner had a choice.

[TRANSLATION] Les deux partenaires d'une union n'ont peut-être pas des points de vue similaires: l'un d'entre eux pourrait bien tenir à son autonomie personnelle, mais l'autre non. L'un pourrait bien être impatient de se marier, et l'autre s'y opposer. Dans un tel cas, quel point de vue doit l'emporter? [. . .] Le revers de l'autonomie d'une personne est souvent l'exploitation d'une autre. [Je souligne.]

(W. Holland, «Marriage and Cohabitation — Has the Time Come to Bridge the Gap?» dans *Family Law: Roles, Fairness and Equality*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993, 369, à la p. 380.) En fait, c'est une piètre consolation que de se faire dire que l'on a été privé d'une protection égale en vertu de la *Charte* en raison du choix d'un seul des partenaires.

97 Both the courts and the legislatures have, in recent years, acknowledged and responded to the injustices that often flow from power imbalances of this type and have thereby given increasing recognition to non-traditional forms of relationships. Why else did the Ontario legislature in 1986 extend benefits from married persons to cohabiting partners in over 30 Ontario statutes, several of which raised issues of financial interdependence that are analogous to the impugned provisions of the *Insurance Act*? Why else has the Ontario *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, imposed an obligation of mutual support on common law spouses since 1978? Why else has the common law doctrine of constructive trust intervened to provide relief to unmarried persons in instances where one partner is unjustly enriched by the relationship? *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38. Finally, why else has this Court rejected the hegemony of the "clean break" model of spousal support in both married and common law relationships of demonstrated duration and interdependence? *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813. In all of these cases, although the language has generally employed gender-neutral references to "spouses", it is indisputable that much of the impetus for these changes stemmed from courts' and legislatures' increasing recognition of the disadvantage endured by dependent

Au cours des dernières années, tant les tribunaux que les législatures ont reconnu les injustices qui résultent souvent d'un déséquilibre de pouvoir de cette nature et ont pris des mesures pour y remédier, accordant ainsi une reconnaissance accrue aux unions non traditionnelles. Pour quelle autre raison la législature ontarienne aurait-elle, en 1986, étendu aux partenaires qui cohabitent les avantages auparavant accordés aux seules personnes mariées, dans plus de 30 lois, dont plusieurs visaient des questions d'interdépendance financière analogues aux dispositions attaquées de la *Loi sur les assurances*? Pour quelle autre raison la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. F.3, imposerait-elle une obligation alimentaire réciproque aux conjoints de fait depuis 1978? Pour quelle autre raison la théorie de la fiducie par interprétation, reconnue en common law, offrirait-elle une réparation aux personnes non mariées dans les cas où il y a eu enrichissement sans cause de l'un des partenaires de cette union? *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38. Enfin, pour quelle autre raison notre Cour aurait-elle rejeté la primauté du modèle de la «rupture nette» en matière d'aliments, que ce soit dans le mariage ou en situation d'union de fait dont la durée et l'interdépendance auraient été établies? *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813. Il va sans dire que dans tous ces cas, bien que l'on n'ait généralement fait aucune distinction de sexe relativement au terme «conjoint»,

spouses, most often women, within the context of those relationships.

If the continuing individual autonomy of the parties were the only assumption governing the formation of family units, then none of these protections would be deemed necessary. Rather, however, it is now widely accepted that one cannot speak of “autonomy” or “free choice” without first asking whose autonomy one seeks to preserve, and at what cost to others. It is extremely important that, when contemplating the impact of a particular legislative distinction on an affected group, courts make reasonable accommodation for diverse points of view and life situations.

I do not dispute, of course, that some cohabiting couples do, indeed, continue to agree mutually that they wish to avoid the rights and obligations of marriage. Indeed, as I noted earlier, their reasons for doing so may be intensely personal, and their alternative forms of relationships are equally deserving of respect, consideration, and protection under the *Charter*. My point is merely that it is dangerous, and possibly untenable, to assume for the purposes of s. 15 *Charter* analysis that the reasons one starts to live together are necessarily the reasons that one continues to live together. Although many couples initially cohabit as part of a “trial relationship”, and may therefore initially agree not to marry, such mutual agreement may diminish over time, as the length of cohabitation increases or most particularly after the birth of a child.

As I noted above, in recognition of this reality, legislatures have intervened in a wide variety of contexts to protect individuals' vested interests in relationships of some permanence and interdependence. These interventions are not anti-marriage. They simply acknowledge that the family unit is

ces modifications résultent en grande partie du fait que les tribunaux et les législatures reconnaissent de plus en plus le désavantage subi par les conjoints en état de dépendance, le plus souvent les femmes, dans le contexte de ces unions.

Si l'autonomie personnelle constante des parties constituait la principale hypothèse dans le cas de la formation d'unités familiales, alors aucune de ces mesures de protection ne serait jugée nécessaire. Bien au contraire, il est maintenant généralement accepté que l'on ne saurait parler d'«autonomie» ou de «libre choix» sans d'abord déterminer qui détient l'autonomie que l'on cherche à préserver, et quel en sera le coût pour les autres. Lorsque l'on examine l'incidence d'une distinction législative particulière sur un groupe donné, il est extrêmement important que les tribunaux tiennent raisonnablement compte de divers points de vue et de diverses situations de vie.

Évidemment, je ne conteste pas que certains couples en union de fait s'entendent mutuellement sur le fait qu'ils souhaitent éviter les droits et obligations relatifs au mariage. En fait, je l'ai déjà signalé, ils peuvent avoir des raisons tout à fait personnelles pour agir ainsi et le genre d'union qu'ils choisissent est tout aussi digne de respect, de considération et de protection sous le régime de la *Charte*. Je veux tout simplement souligner qu'il est dangereux, voire insoutenable, de tenir pour acquis, pour les fins d'une analyse fondée sur l'art. 15 de la *Charte*, que les raisons pour lesquelles des personnes commencent à vivre ensemble ne sont pas nécessairement les mêmes que celles pour lesquelles elles poursuivent la relation. Bien que de nombreux couples cohabitent au départ à titre d'«essai», et puissent par conséquent décider, initialement, de ne pas se marier, cette entente peut s'amenuiser avec le temps, à mesure qu'augmente la durée de la cohabitation ou, tout particulièrement, après la naissance d'un enfant.

J'ai déjà fait remarquer que, compte tenu de cette réalité, les législatures sont intervenues dans divers contextes pour protéger les intérêts que des particuliers ont acquis dans des unions d'une certaine permanence et d'une certaine interdépendance. Ces interventions ne sont pas contre le

98

99

100

evolving in response to changing times. In my respectful view, it would therefore be a significant step backwards for this Court nonetheless to conclude that “unfettered choice” is the only framework by which to measure and evaluate extramarital cohabitation. Such logic would, in effect, entail adopting a narrower approach to the realities of cohabitation under s. 15 of the *Charter* — which is supposed to be interpreted broadly and purposively — than has already been widely accepted both in the common law and in statutes throughout Canada.

101 Finally, it must be recalled that the imposition of marriage-like mutual rights and obligations upon couples in a relationship analogous to marriage need not deprive them of the autonomy required to make personal choices if these persons also have the possibility of resorting to domestic contract to exclude the effects of the legislation. Rather than placing the onus on unmarried couples to contract into any such mutual rights and obligations, inclusion within the legislation merely shifts the onus to those who wish to preserve individual autonomy to contract out.

102 To recapitulate, the decision of whether or not to marry is most definitely capable of being a very fundamental and personal choice. The importance actually ascribed to the decision to marry or, alternatively, not to marry, depends entirely on the individuals concerned. For a significant number of persons in so-called “non-traditional” relationships, however, I dare say that notions of “choice” may be illusory. It is inappropriate, in my respectful view, to condense the forces underlying the adoption of one type of family unit over another into a simple dichotomy between “choice” or “no choice”. Family means different things to different people, and the failure to adopt the traditional family form of marriage may stem from a multiplicity of reasons — all of them equally valid and all of them equally worthy of concern, respect, consideration, and protection under the law.

103 I noted earlier that persons in non-traditional relationships have suffered, and continue to suffer,

mariage. Elles reconnaissent simplement que l’unité familiale évolue avec le temps. À mon humble avis, notre Cour se trouverait néanmoins à aller grandement à contre-courant si elle devait conclure que le «libre choix» est le seul mécanisme pour mesurer et évaluer la cohabitation hors mariage. En effet, une telle logique nécessite l’adoption d’une analyse plus restrictive des réalités de la cohabitation en vertu de l’art. 15 de la *Charte* — lequel doit en principe recevoir une interprétation large et fondée sur l’objet — que celle qui a déjà été largement acceptée tant en common law que dans des lois partout au Canada.

Enfin, il faut se rappeler qu’imposer aux couples dont l’union est analogue au mariage des droits et obligations réciproques semblables à ceux relatifs au mariage ne les prive pas nécessairement de l’autonomie nécessaire pour faire des choix personnels, pourvu que ces couples aient aussi la possibilité de recourir à un contrat privé pour exclure les effets de la loi. Plutôt que d’imposer aux couples non mariés la responsabilité de prévoir par contrat ces droits et obligations réciproques, la loi, en les prévoyant, ne fait que déplacer et imposer à ceux qui désirent préserver leur autonomie individuelle le fardeau de s’en dégager par contrat.

En résumé, la décision de se marier ou de ne pas se marier peut certainement être un choix très fondamental et personnel. L’importance réellement attribuée à la décision de se marier ou, subsidiairement, à celle de ne pas se marier, dépend entièrement des individus en cause. Toutefois, pour un grand nombre de personnes en union dites «non traditionnelles», j’ose affirmer que les notions de «choix» sont tout à fait illusoirs. À mon humble avis, on ne devrait pas réduire les forces qui sous-tendent l’adoption d’un type d’unité familiale plutôt qu’un autre à une simple dichotomie opposant «choix» et «non-choix». La famille a une signification différente pour diverses personnes et le fait de ne pas opter pour le mariage traditionnel peut découler d’une multitude de raisons — toutes aussi valables et toutes aussi dignes d’intérêt, de respect, de considération et de protection en vertu de la loi.

Comme je l’ai déjà signalé, les personnes qui vivent une union non traditionnelle ont subi et con-

some degree of disadvantage and marginalization from the mainstream. To this, I would add that I believe that it is beyond dispute that the adverse effects of distinctions which exclude persons in relationships analogous to marriage are likely to be experienced more sharply by the more dependent member of these partnerships, most often still women (in heterosexual couples). It is important not to close our eyes to that social reality. On the other hand, I believe that it is nonetheless fair to say that, on the whole, the affected group is not so sensitive as to compel the conclusion that virtually any adverse distinction would have a discriminatory impact. Therefore, an examination of the nature of the interest affected by the impugned distinction is particularly important in the present instance.

2. *The Nature of the Impugned Interest*

At issue in the present appeal is the eligibility of John Miron, the common law spouse of Jocelyne Valliere, for insurance against injury, under her automobile insurance policy. The affected interest is the protection of family units from potentially disastrous financial consequences due to the injury of one of their members. Protection of "family" is, in turn, one of the most important interests imaginable in our society. Moreover, as I observed in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 634:

It is possible to be pro-family without rejecting less traditional family forms. It is not anti-family to support protection for non-traditional families. The traditional family is not the only family form, and non-traditional family forms may equally advance true family values.

Although it goes without saying that all injured persons are entitled to that part of their health care costs covered by their provincial medicare systems, actual health care costs may often represent only a small part of the total losses suffered as a result of injury in a motor vehicle accident when loss of income as well as pain and suffering are

tinuent de subir un certain désavantage et une certaine marginalisation de la part de la majorité. J'ajouterais que, à mon avis, il est maintenant incontestable que les effets préjudiciables de distinctions qui excluent les personnes dont l'union est analogue au mariage sont vraisemblablement plus vivement ressentis par le membre le plus dépendant de telles unions, qui est encore le plus souvent la femme (chez les couples hétérosexuels). Il importe de ne pas faire abstraction de cette réalité sociale. Par contre, j'estime qu'il est néanmoins juste de dire que, dans l'ensemble, le groupe lésé n'est pas si vulnérable qu'il faille conclure que pratiquement toute distinction préjudiciable aurait une incidence discriminatoire. Il importe donc, tout particulièrement dans le cas qui nous occupe, de procéder à un examen de la nature de l'intérêt touché par la distinction attaquée.

2. *La nature de l'intérêt affecté*

En l'espèce, il s'agit de déterminer si John Miron, le conjoint de fait de Jocelyne Valliere, peut présenter une réclamation en vertu de la police d'assurance-automobile de cette dernière. L'intérêt affecté est la protection des unités familiales contre les répercussions potentiellement désastreuses d'une blessure subie par un des membres d'une telle unité. La protection de la «famille» est, d'ailleurs, l'un des intérêts les plus importants qu'on puisse imaginer dans notre société. En outre, comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la p. 634:

On peut être en faveur de la famille sans rejeter pour autant les types de familles moins traditionnels. Ce n'est pas attaquer la famille que d'appuyer la protection des familles non traditionnelles. La famille traditionnelle n'est pas le seul type de famille, et les types de familles non traditionnels peuvent aussi véhiculer de véritables valeurs familiales.

Il va sans dire que toute personne blessée a droit à la partie des coûts de soins de santé assurée par son régime provincial d'assurance-maladie, mais lorsque l'on tient compte de la perte de revenu ainsi que des douleurs et des souffrances, les coûts de soins de santé réels peuvent souvent ne constituer qu'une infime fraction des pertes totales

taken into account. Equally significant, although persons ineligible to claim from a private insurance company under the Standard Automobile Policy may still claim for some compensation under the *Motor Vehicle Accident Claims Act*, R.S.O. 1990, c. M.41, the cost, time and difficulty of recovery by this means are significantly greater than if the person were insured by a private company. The *amicus curiae* points out that one of the most notable differences is that no payment whatsoever is available from the Act until the injured person has successfully obtained a formal judgment in his or her favour. Under most private insurance plans, by contrast, there is frequently no need for the injured person to bring a legal action, and the injured party will often receive advance or periodic payments. The financial consequences of these differences can be profound on a family unit, particularly if the injured party is an income-earner who has been disabled as a result of the accident. Thus, I conclude that the impugned distinction adversely affects, to an extent that is potentially very serious in economic terms, an interest which has extremely high societal value. On the other side of the equation, however, I note that the value of this interest in constitutional terms is limited, and that this distinction does not restrict access in any meaningful way to any fundamental social institution.

subies à la suite d'une blessure dans un accident de la route. Il importe également de préciser qu'une personne qui n'a pas le droit de présenter une réclamation à une compagnie d'assurances privée en vertu de la Standard Automobile Policy peut quand même demander une indemnité en vertu de la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'accidents de véhicules automobiles*, L.R.O. 1990, ch. M.41; cependant, les coûts, les délais et les difficultés de recouvrement dans ce dernier cas sont beaucoup plus élevés que dans le cas d'une personne assurée par une compagnie privée. L'*amicus curiae* fait remarquer que l'une des principales différences est que cette loi n'autorise aucun paiement jusqu'à ce que la personne blessée ait obtenu un jugement formel en sa faveur. Par contre, en vertu de la plupart des régimes privés, il arrive fréquemment que la personne blessée n'ait pas besoin d'intenter une poursuite et il arrive souvent qu'elle reçoive des paiements anticipés ou périodiques. Les conséquences financières que ces différences entraînent peuvent être profondes sur une famille, tout particulièrement si la partie blessée, rendue inhabile à la suite de l'accident, est le gagne-pain de cette famille. En conséquence, je conclus que la distinction attaquée influe défavorablement, et d'une façon qui risque d'être économiquement très grave, sur un intérêt dont la valeur sociale est très élevée. De l'autre côté de l'équation, je note que la valeur de cet intérêt sur le plan constitutionnel est limitée et que cette distinction ne restreint pas de façon importante l'accès à une institution sociale fondamentale.

106 The final factor contemplated in *Egan* is whether the distinction constitutes a complete non-recognition of the affected group. In the instant case, we are not faced with a legislative definition of common law spouse that some would simply consider overly restrictive or underinclusive for various reasons. Rather, the impugned distinction categorically excludes from joint insurance coverage all couples in a relationship analogous to marriage. This factor must be viewed as significant, since it can be reasonably perceived as sending a clear message that society does not consider this genre of relationship to be worthy of equal protection in such contexts.

Le dernier facteur envisagé dans l'arrêt *Egan* est de savoir si la distinction a pour effet de nier toute reconnaissance au groupe affecté. Dans le cas qui nous occupe, la définition législative de l'expression «conjoint de fait» n'est pas telle que certains la considéreraient, pour diverses raisons, tout simplement trop restrictive ou trop limitative. Plutôt, la distinction attaquée exclut, de manière catégorique, tous les couples, dont l'union est analogue au mariage, d'une couverture d'assurance conjointe. Ce facteur est important puisqu'il peut raisonnablement être perçu comme un indice clair que la société ne considère pas ce genre d'union digne de la même protection dans ces contextes.

I noted in *Egan* that evaluation of either the interest or the group affected was not entirely meaningful until each was assessed in light of the other. In the instant case, I believe the impugned interest to be sufficiently pressing, the possible economic consequences to be sufficiently severe, and the manner of exclusion to be sufficiently complete to constitute a significant, though not overwhelming, discriminatory potential. I also concluded earlier that the group affected by the distinction (i.e. unmarried persons in a relationship analogous to marriage) is somewhat vulnerable and that, in a significant number of cases, persons within this group do not have meaningful control over their circumstances. I noted that the consequences of excluding unmarried persons from the benefits or protections of the law will generally be experienced more severely by the dependent spouse, who is still all too often female. Viewing all of these factors together, I conclude that the impugned distinction does, on the whole, have an impact that is discriminatory within the sense of s. 15 of the *Charter*. The impugned distinction is reasonably capable of either promoting or perpetuating a view amongst persons in relationships analogous to marriage that they are less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration. On this basis, I find the impugned distinction to be in violation of s. 15(1) of the *Charter*.

Having determined that the impugned distinction violates s. 15 of the *Charter*, I now turn to the question of whether this distinction is relevant to a proportionate extent to a pressing and substantial objective, and may therefore be saved under s. 1.

B. Section 1

When characterizing the objective of the Standard Automobile Policy for the purposes of s. 1 analysis, it is important to adopt a functional and pragmatic approach which frames that purpose neither too broadly nor too narrowly. The objective of the Standard Automobile Policy, which I accept as pressing and substantial, is to protect stable

J'ai fait remarquer dans l'arrêt *Egan* que l'évaluation de l'intérêt ou du groupe affecté ne saurait prendre tout son sens que si l'un est évalué par rapport à l'autre. J'estime que l'intérêt ici attaqué est suffisamment urgent, les répercussions économiques possibles assez graves et le mode d'exclusion suffisamment complet pour constituer une possibilité importante, bien que non accablante, de discrimination. J'ai également conclu plus haut que le groupe affecté par la distinction (c.-à-d., les personnes non mariées dont l'union est analogue au mariage) est suffisamment vulnérable et que, dans un grand nombre de cas, les personnes faisant partie de ce groupe n'ont pas de véritable contrôle sur la situation. J'ai signalé qu'en général, le conjoint dépendant non marié, encore trop souvent la femme, ressentira plus profondément les conséquences de l'exclusion des avantages ou de la protection de la loi. Compte tenu de tous ces facteurs, j'estime que, dans l'ensemble, la distinction attaquée a des répercussions discriminatoires au sens de l'art. 15 de la *Charte*. Il est raisonnable de croire que la disposition attaquée est susceptible de favoriser ou de perpétuer chez les personnes dont l'union est analogue au mariage l'opinion qu'elles méritent moins d'être reconnues ou valorisées en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne dignes du même intérêt, du même respect et de la même considération. Pour ce motif, je conclus que la distinction attaquée est contraire au par. 15(1) de la *Charte*.

Ayant établi que la distinction attaquée viole l'art. 15 de la *Charte*, je passerai maintenant à la question de savoir si cette distinction est pertinente dans une proportion suffisante au regard d'un objectif urgent et réel, et si elle peut, en conséquence, être sauvegardée en vertu de l'article premier.

B. L'article premier

La caractérisation de l'objectif de la Standard Automobile Policy pour les fins de l'analyse fondée sur l'article premier exige une analyse fonctionnelle et pragmatique qui situe cet objectif de façon ni trop large ni trop restrictive. L'objectif de la Standard Automobile Policy, que je reconnais comme urgent et réel, est de protéger la stabilité

family units by insuring against the economic consequences that may follow from the injury of one of the members of the family. Although I might agree that an incidental effect of this legislation, as a result of the impugned distinction, may be to encourage marriage, I cannot agree that, by reason of this distinction alone, we should conclude that the promotion of marriage is, itself, the fundamental purpose of the legislation. I cannot see people seriously considering the availability of joint automobile insurance as a factor in their decision of whether or not to marry. As such, taken as a whole, although the legislation is most certainly "pro-family", I do not believe that it would be proper to characterize it as "pro-marriage".

des unités familiales en offrant une protection contre les conséquences économiques susceptibles de découler des blessures subies par un des membres de la famille. Même en admettant que, compte tenu de la distinction attaquée, la loi puisse avoir comme effet accessoire d'encourager le mariage, je ne puis accepter qu'il nous faudrait, en raison de cette seule distinction, conclure que la promotion du mariage est, en soi, l'objectif fondamental de la loi. Je ne puis croire que la possibilité d'une assurance automobile conjointe soit sérieusement considérée comme facteur lorsque des gens ont à décider s'ils vont se marier ou non. Bien que, dans l'ensemble, la loi soit très certainement «en faveur de la famille», il serait, à mon avis, mal avisé de considérer qu'elle est «en faveur du mariage».

110 It is now trite law to observe that the onus of demonstrating a rational connection between the impugned distinction and the pressing and substantial objective lies with the government. Unfortunately, only the intervener the Attorney General of Manitoba has submitted any argument on this point. The *amicus curiae* appointed by this Court to make submissions on the s. 1 issue argues that the violation cannot be saved under s. 1. Thus, this Court is left in the uncomfortable position of envisioning s. 1 arguments on the government's behalf.

Il est maintenant bien établi en droit qu'il appartient au gouvernement d'établir l'existence d'un lien rationnel entre la distinction attaquée et l'objectif urgent et réel. Malheureusement, seul l'intervenant le procureur général du Manitoba a présenté un argument sur ce point. L'*amicus curiae*, nommé par notre Cour pour présenter des arguments sur la question de l'article premier, soutient que la violation ne saurait être sauvegardée en vertu de l'article premier. Notre Cour se trouve donc dans la situation quelque peu inconfortable d'imaginer les arguments que le gouvernement serait susceptible de présenter relativement à l'article premier.

111 The Attorney General of Manitoba argues that restricting the meaning of "spouse" in the legislation to married couples is rationally connected to the objective because it promotes certainty and determinacy, and because it would be impossible for the legislature to settle with certainty upon a defined standard that would not be underinclusive of someone. This argument, which essentially urges judicial deference to a legislative choice, more properly goes to the question of whether or not the legislation is minimally impairing, and I shall address it in that context below.

Selon le procureur général du Manitoba, le fait de restreindre le sens du terme «conjoint» dans la loi de façon à ne désigner que les couples mariés comporte un lien rationnel avec l'objectif, en ce sens qu'une telle interprétation favorise la certitude et l'exactitude, et qu'il serait impossible pour le législateur de définir avec certitude un critère qui n'exclurait personne. Cet argument, qui exige essentiellement qu'un tribunal fasse preuve de retenue à l'égard d'un choix du législateur, concerne davantage la question de savoir si la loi porte le moins possible atteinte aux droits, question que j'examinerai lorsque j'aborderai cet aspect.

112 It could, however, be argued that the rational connection requirement is fulfilled because it is rational for the legislature to believe that, in gen-

On pourrait, cependant, soutenir que l'exigence d'un lien rationnel est respectée parce qu'il est rationnel pour le législateur de croire qu'en règle

eral, marriages are longer-lasting and more likely to engender relationships of interdependency than common law relationships. If such an argument were to be advanced, though, then this Court would require some empirical evidence to this effect from the government, since it would undermine the very purpose of s. 15 to permit the government to justify a violation of s. 15 by relying on assumptions that may, themselves, be stereotypical and discriminatory in nature.

In *Egan*, I also noted that unless the distinction relates to a right or obligation flowing from a particular legal status, it would be difficult to envision that the distinction is rationally connected to the legislative objective. As my colleague Gonthier J. points out, the common law imposes an obligation of mutual support between married partners yet does not impose that obligation upon unmarried partners. In the instant case, it could therefore be argued that the exclusion of common law couples from the Standard Automobile Policy is rationally connected to the objective of the legislation because this exclusion relates to the absence of an obligation of mutual support between unmarried individuals.

As I have already noted elsewhere in these reasons, however, the impugned insurance legislation is in effect in Ontario — a jurisdiction in which the *Family Law Act* has, since 1978, prescribed a mutual obligation of support for common law spouses (see s. 29 of the Act). Thus, as at August 1987, common law spouses in Ontario were, indeed, bound by an obligation of mutual support yet were excluded from a Standard Automobile Policy whose basic purpose was almost inextricably related to that mutual obligation and to the relationship of interdependency upon which that obligation is premised. Other applicable laws form part of the social context of a distinction and I therefore cannot see how, in light of the fact that an obligation of support applies to common law couples, it can still be said that the impugned distinction is rationally connected to the purpose of the legislation.

générale, les mariages durent plus longtemps et sont plus susceptibles que les unions de fait d'engendrer des relations d'interdépendance. Toutefois, si un tel argument était avancé, notre Cour exigerait du gouvernement qu'il fournisse à ce sujet certains éléments de preuve empiriques puisque ce serait contraire à l'objet même de l'art. 15 que de permettre au gouvernement de justifier une violation de l'art. 15 à partir d'hypothèses qui elles-mêmes, de par leur nature, peuvent être discriminatoires et être le fruit de stéréotypes.

Dans l'arrêt *Egan*, j'ai également fait ressortir qu'il serait difficile de dire, sauf si elle se rapporte à un droit ou à une obligation propre à un statut juridique particulier, que la distinction a un lien rationnel avec l'objectif législatif. Comme le signale mon collègue le juge Gonthier, la common law impose une obligation alimentaire réciproque aux partenaires mariés, mais ne l'impose pas aux partenaires non mariés. En l'espèce, on pourrait donc soutenir qu'exclure les conjoints de fait de la Standard Automobile Policy a un lien rationnel avec l'objectif de la loi parce que cette exclusion est liée à l'absence d'une obligation alimentaire réciproque entre individus non mariés.

Cependant, comme je l'ai déjà mentionné ailleurs dans mes motifs, la loi sur les assurances attaquée est en vigueur en Ontario — province dans laquelle la *Loi sur le droit de la famille* prévoit depuis 1978 une obligation alimentaire réciproque pour les conjoints de fait (voir art. 29 de la Loi). En conséquence, en août 1987, les conjoints de fait en Ontario étaient effectivement liés par une obligation alimentaire réciproque, mais se trouvaient exclus de la Standard Automobile Policy dont l'objet fondamental était presque inévitablement lié à cette obligation réciproque et au rapport d'interdépendance sur lequel cette obligation est fondée. Il existe également d'autres lois applicables dont le contexte social requiert une distinction et je ne vois donc pas comment il est encore possible de dire, compte tenu du fait que les conjoints de fait sont assujettis à une obligation alimentaire, que la distinction attaquée a un lien rationnel avec l'objet de la loi.

113

114

115 I would therefore conclude that the distinction cannot be justified on the basis that the government has not demonstrated that the impugned distinction is rationally connected to the objective of the legislation.

116 Even if the rational connection test were found to be satisfied, I would also conclude that the impugned distinction fails the minimal impairment test. The unit that the legislator has decided to protect (i.e. married persons) is underinclusive of the purpose of the legislation. The argument could be made that the legislation is minimally intrusive because there is no other reasonably ascertainable standard which could further the purposes of the Act.

117 Although this submission may have merit in other contexts, it does not in the present case. Indeed, although the unit deserving of protection can be defined by marriage, it can also be defined in a workable and acceptably certain way by reference to the length of the relationship or to the existence of children. These two criteria have been recognized by the legislature as feasible indicia of interdependence in other statutes which confer rights or obligations upon relationships outside of marriage. In fact, the legislature adopted just such criteria in the instant case when it amended the impugned legislation to include common law spouses in 1990. Although deference should be had with respect to policy choices made by the legislature as to what duration of cohabitation is necessary to define such a relationship, courts should not feel obliged to be as deferential when the legislature has simply excluded other possibilities altogether, unless the government can demonstrate that this exclusion is, itself, the product of a reasonable attempt to balance competing social science or policy interests. In the present case, the government has once again not overcome that burden.

C. Remedy and Disposition

118 Underinclusive legislation raises special problems from a remedial perspective. The fact that legislation is underinclusive, however, does

Je conclus donc que cette distinction ne saurait se justifier vu que le gouvernement n'a pas établi que cette distinction a un lien rationnel avec l'objectif de la loi.

Même si j'étais d'avis que l'on a satisfait au critère du lien rationnel, je conclurais que la distinction attaquée ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale. L'unité qu'a décidé de protéger le législateur (les personnes mariées) est trop limitative au regard de l'objet de la loi. On pourrait certes soutenir que la loi porte le moins possible atteinte aux droits parce qu'il n'existe pas d'autre critère raisonnablement vérifiable qui permettrait d'atteindre les fins de la Loi.

Bien que cet argument puisse avoir un certain mérite dans d'autres contextes, il n'en a aucun ici. En fait, bien que l'unité que l'on désire protéger puisse être définie par rapport au mariage, elle peut également l'être d'une façon pratique et assez certaine en se référant à la durée de l'union ou à la présence d'enfants. Le législateur a reconnu que ces deux critères peuvent servir d'indices d'interdépendance dans d'autres lois constitutives de droits ou d'obligations dans les unions hors mariage. En fait, le législateur a précisément adopté de tels critères lorsqu'il a modifié la loi contestée en 1990 pour y inclure les conjoints de fait. Bien que l'on doive faire preuve de retenue à l'égard des choix de politique générale effectués par le législateur quant à la durée de la cohabitation nécessaire à la constitution d'une telle union, les tribunaux ne devraient pas se sentir obligés de faire preuve d'autant de retenue lorsque le législateur a simplement exclu d'autres possibilités, à moins que le gouvernement puisse établir que cette exclusion est elle-même le résultat d'une tentative raisonnable de soupeser des intérêts opposés sur le plan des sciences sociales ou des principes. Dans le cas qui nous occupe, le gouvernement ne s'est pas acquitté de ce fardeau.

C. Réparation et dispositif

Une loi trop limitative soulève des problèmes particuliers en ce qui concerne la réparation. Si une loi est trop limitative, elle n'en est pas moins dis-

not make it any less discriminatory. Underinclusion is, in many ways, a backhanded way of permitting discrimination. I agree with McLachlin J. that the appropriate remedy in this case is to take the unusual step of retroactively “reading in” the definition of “spouse” adopted by the legislature in 1990 for the purposes of this very legislation. I find further comfort in this conclusion from the fact that the proposed remedy would not impose any additional burden upon the public purse. The insurance companies would have to absorb this additional cost (which, the Court has been informed, would have caused only a nominal increase in premiums to the public, of roughly 0.7 percent over the period from 1978 to 1989). Consequently, I would dispose of this matter in the manner proposed by McLachlin J.

The judgment of Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

MCLACHLIN J. — This appeal requires us to decide whether exclusion of unmarried partners from accident benefits available to married partners violates the equality guarantees of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I conclude that it does.

The record before us posits the following facts. John Miron and Jocelyne Valliere lived together with their children. They were not married, yet their family functioned as an economic unit. In 1987, John Miron was injured while a passenger in a motor vehicle owned by the respondent William James McIsaac and driven by the respondent Richard Trudel. Neither McIsaac nor Trudel was insured. After the accident, Mr. Miron could no longer work and contribute to his family’s support. He made a claim for accident benefits for loss of income and damages against Ms. Valliere’s insurance policy which extended accident benefits to the “spouse” of the policy holder. The insurance company, Economical Mutual, denied his claim on

criminatoire pour autant. Poser des limites indues est, à maints égards, une façon détournée de permettre la discrimination. À l’instar du juge McLachlin, je suis d’avis que la réparation qui s’impose ici est d’adopter la mesure exceptionnelle d’insérer rétroactivement, par interprétation large, la définition du terme «conjoint» adoptée par la législature en 1990 pour les fins de cette même loi. J’appuie également ma conclusion sur le fait que la réparation proposée n’entraînerait aucun fardeau additionnel pour le contribuable. Ce sont les compagnies d’assurances qui auraient à absorber ce coût additionnel (lequel, selon l’information qu’on nous a donnée, n’aurait donné lieu qu’à une hausse minimale des primes exigées, soit environ 0,7 pour 100 pour la période de 1978 à 1989). En conséquence, je suis d’avis de trancher la question de la façon proposée par le juge McLachlin.

Version française du jugement des juges Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Nous devons décider dans le présent pourvoi si l’exclusion des partenaires non mariés comme bénéficiaires des indemnités d’assurance-accidents offertes aux partenaires mariés va à l’encontre des garanties d’égalité de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je suis d’avis qu’il faut répondre par l’affirmative à cette question.

Le dossier expose les faits suivants. John Miron et Jocelyne Valliere vivaient ensemble avec leurs enfants. Ils n’étaient pas mariés, mais leur famille fonctionnait comme une unité économique. En 1987, John Miron a été blessé alors qu’il était passager à bord d’un véhicule à moteur appartenant à l’intimé William James McIsaac et conduit par l’intimé Richard Trudel. Ni McIsaac ni Trudel n’étaient assurés. À la suite de l’accident, M. Miron ne pouvait plus travailler et contribuer au soutien de sa famille. Il a présenté une réclamation d’indemnité d’assurance-accidents pour perte de revenu et dommages-intérêts fondée sur la police d’assurance de M^{me} Valliere, qui étendait au «conjoint» du souscripteur les indemnités d’assurance en cas d’accident. La compagnie d’assurances Economical a rejeté sa réclamation parce qu’il

119

120

the ground that Mr. Miron was not legally married to Ms. Valliere and hence not her “spouse”.

n’était pas légalement marié à Mme Valliere et, partant, qu’il n’en était pas le «conjoint».

¹²¹ Mr. Miron and Ms. Valliere sued the insurer. The insurer brought a preliminary motion to determine whether the word “spouse”, as used in the applicable portions of the policy, includes unmarried common law spouses. The motions court judge found that “spouse” meant a person who is legally married. Mr. Miron and Ms. Valliere appealed the decision to the Ontario Court of Appeal, arguing first that Mr. Miron is a spouse under the terms of the policy, and alternatively, that the policy terms which are prescribed by the *Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 218, discriminate against him in violation of s. 15(1) of the *Charter*. The Court of Appeal dismissed their claim: (1991), 4 O.R. (3d) 623, 83 D.L.R. (4th) 766, [1991] I.L.R. ¶ 1-2770, 7 C.C.L.I. (2d) 317. They now appeal to this Court.

Monsieur Miron et Mme Valliere ont intenté une poursuite contre l’assureur. Ce dernier a déposé une requête préliminaire visant à faire déterminer si le terme «conjoint», utilisé dans les stipulations applicables de la police, comprend les conjoints de fait. Le juge des requêtes a conclu que le terme «conjoint» désignait une personne légalement mariée. Monsieur Miron et Mme Valliere ont interjeté appel contre cette décision devant la Cour d’appel de l’Ontario, en faisant valoir premièrement que M. Miron est un conjoint au sens de la police et, subsidiairement, que les modalités de la police, établies sous le régime de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1980, ch. 218, sont discriminatoires à son endroit et violent le par. 15(1) de la *Charte*. La Cour d’appel a rejeté la demande: (1991), 4 O.R. (3d) 623, 83 D.L.R. (4th) 766, [1991] I.L.R. ¶ 1-2770, 7 C.C.L.I. (2d) 317. Ils se pourvoient maintenant devant notre Cour.

Issues

- A. Are the claimants “spouses” under the policy?
- B. If not, does the limitation of benefits to married persons violate the equality provisions of the *Charter*?
 1. The test for violation of s. 15(1) and the relationship between s. 15(1) and s. 1 of the *Charter*
 2. Section 15(1) — Discrimination and its grounds
 3. Justification under s. 1 of the *Charter*

C. The Remedy

Analysis

A. *Are the claimants “spouses” under the policy?*

Les questions en litige

- A. Les demandeurs sont-ils des «conjoints» pour les fins de la police?
- B. Si non, la restriction visant à n’accorder les indemnités qu’aux personnes mariées viole-t-elle les dispositions de la *Charte* relatives à l’égalité?
 1. Le critère de violation du par. 15(1) et le rapport entre le par. 15(1) et l’article premier de la *Charte*
 2. Le paragraphe 15(1) — La discrimination et ses motifs
 3. La justification en vertu de l’article premier de la *Charte*.

C. La réparation

Analyse

A. *Les demandeurs sont-ils des «conjoints» pour les fins de la police?*

¹²² The insurance company contends that Mr. Miron was not a spouse under its policy because he was not legally married to Ms. Valliere. Mr.

La compagnie d’assurances prétend que M. Miron n’était pas un conjoint pour les fins de sa police puisqu’il n’était pas marié légalement avec

Miron objects. He submits that “spouse” in the policy extends to couples who live together in a common law relationship.

The wording and history of the provisions under which Mr. Miron claims pose difficulties for his argument. The benefits in question were governed by 1980 legislation. That legislation extended the accident and loss of income benefits in question to the “spouse” of the insured, left undefined. By contrast, the same legislation included in “spouse” for the purposes of the death benefit provisions a man and woman who were not married to each other but who had cohabited continuously for five years or lived in a relationship of some permanence and had a child. In 1990, the Legislature amended the Act and expanded the definition of “spouse” in relation to the benefits Miron and Valliere claim. The new definition of “spouse” includes a heterosexual couple who have cohabited for three years or who have lived in a permanent relationship with a child.

The extended definition of “spouse” in the 1980 legislation for death benefits and in the 1990 legislation for the benefits here at issue belies the suggestion that the Legislature in 1980 intended the term “spouse” to apply to unmarried partners. In fact, where the Legislature wanted to extend benefits to such persons, it expressly did so. In the face of this, the submissions that “spouse” is an ambiguous term, which ambiguity should be resolved in favour of the insured, cannot prevail.

I conclude that “spouse” in the 1980 provisions relating to loss of income benefits and uninsured motorist claims did not include unmarried couples living in a common law relationship.

M^{me} Valliere. Monsieur Miron soutient, quant à lui, que le terme «conjoint» employé dans la police désigne aussi les couples qui vivent ensemble en union de fait.

La formulation et l’historique des stipulations invoquées par M. Miron affaiblissent son argument. Les indemnités en cause étaient régies par une loi adoptée en 1980. Cette loi étendait les indemnités pour accident et perte de revenu dont il est question en l’espèce au «conjoint» de l’assuré, sans que ce terme soit défini. Cette même loi définissait par ailleurs l’expression «conjoint», pour les fins des dispositions relatives à l’indemnité en cas de décès, comme incluant l’homme et la femme qui ne sont pas mariés ensemble mais qui ont cohabité de façon ininterrompue durant une période d’au moins cinq ans ou qui ont eu une relation d’une certaine permanence et ont eu un enfant. En 1990, la législature a modifié la Loi et élargi la définition de «conjoint» à l’égard des indemnités que réclament M. Miron et M^{me} Valliere. La nouvelle définition de «conjoint» comprend un couple hétérosexuel dont les membres ont cohabité durant trois ans ou ont vécu dans une relation permanente avec un enfant.

La définition étendue du mot «conjoint» dans la loi de 1980 pour les fins de l’indemnité en cas de décès et dans la loi de 1990 pour les indemnités dont il est question en l’espèce infirme l’argument selon lequel la législature a voulu en 1980 que le terme «conjoint» s’applique aux conjoints de fait. En réalité, lorsque la législature a voulu étendre les indemnités à de telles personnes, elle l’a dit expressément. Eu égard à ce fait, la Cour ne peut retenir les prétentions selon lesquelles le terme «conjoint» est un terme marqué par une ambiguïté qui devrait être résolue en faveur de l’assuré.

Je conclus que le terme «conjoint» dans les dispositions de 1980 relatives à l’indemnité en cas de perte de revenu et aux réclamations relatives aux automobilistes non assurés n’englobait pas les couples non mariés vivant en union de fait.

123

124

125

B. *Does the limitation of benefits to married persons violate the equality provisions of the Charter?*

126

Mr. Miron and Ms. Valliere advance an alternative argument: that denial of benefits to them on the ground that they are not legally married and hence "spouses" violates the equality provisions of the *Charter*.

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

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

1. The test for violation of s. 15(1) and the relationship between s. 15(1) and s. 1 of the Charter

127

The early days of the *Charter* saw debate on the division of the equality analysis between s. 15(1) and s. 1. Some thought that denial of equality on any ground would establish discrimination under s. 15(1), propelling the analysis immediately to s. 1: Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 800. The other extreme held that s. 15(1) could be satisfied only by showing that there had been a denial of equality which was irrational or unreasonable, leaving little for s. 1: *Andrews v. Law Society of British Columbia* (1986), 27 D.L.R. (4th) 600 (B.C.C.A.). This Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, rejected both approaches, charting instead a middle course.

B. *La restriction visant à n'accorder les indemnités qu'aux personnes mariées viole-t-elle les dispositions de la Charte relatives à l'égalité?*

Monsieur Miron et M^{me} Valliere soulèvent un argument subsidiaire: la négation du droit aux indemnités pour le motif qu'ils ne sont pas légalement mariés et ne sont en conséquence pas des «conjoints» va à l'encontre des dispositions de la *Charte* relatives à l'égalité.

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

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

1. Le critère de violation du par. 15(1) et le rapport entre le par. 15(1) et l'article premier de la Charte

Peu de temps après son adoption, la *Charte* a suscité des débats sur la façon de départager l'analyse de l'égalité du point de vue du par. 15(1) et de celui de l'article premier. Certains étaient d'avis que la négation de l'égalité, pour quelque motif que ce soit, constituait une discrimination visée au par. 15(1) et déclenchait immédiatement une analyse fondée sur l'article premier: Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2^e éd. 1985), à la p. 800. À l'autre extrême, on croyait que l'on ne pouvait satisfaire au par. 15(1) qu'en établissant qu'il y avait eu une négation irrationnelle ou déraisonnable de l'égalité, ce qui laissait peu de place à une analyse fondée sur l'article premier: *Andrews c. Law Society of British Columbia* (1986), 27 D.L.R. (4th) 600 (C.A.C.-B.). Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, notre Cour a rejeté ces deux conceptions, adoptant plutôt un moyen terme.

The analysis under s. 15(1) involves two steps. First, the claimant must show a denial of “equal protection” or “equal benefit” of the law, as compared with some other person. Second, the claimant must show that the denial constitutes discrimination. At this second stage, in order for discrimination to be made out, the claimant must show that the denial rests on one of the grounds enumerated in s. 15(1) or an analogous ground and that the unequal treatment is based on the stereotypical application of presumed group or personal characteristics. If the claimant meets the onus under this analysis, violation of s. 15(1) is established. The onus then shifts to the party seeking to uphold the law, usually the state, to justify the discrimination as “demonstrably justified in a free and democratic society” under s. 1 of the *Charter*.

This shift of the burden through the use of s. 15 and s. 1 is appropriate. It places the duty of adducing proof upon the parties who are in the best position to adduce it. It is for the claimant to show that he or she has been denied a benefit or suffers a disadvantage compared with another person. It is also for the claimant to show the basis for imposing the burden or withholding the benefit. These matters are within the knowledge of the claimant. Once these have been made out the burden shifts to the state. It is the state’s law that has violated the individual’s equality on suspect grounds, and it is the state that most appropriately defends the violation. To require the claimant to prove that the unequal treatment suffered is irrational or unreasonable or founded on irrelevant considerations would be to require the claimant to lead evidence on state goals, and often to put proof of discrimination beyond the reach of the ordinary person. Nor is the resultant burden unjust to the state: while it is open to the state to attempt to differentiate on suspect stereotypical grounds, it must be prepared to justify such suspect differentiation if it wishes its law to stand. In cases such as the present, where the party upholding the law is a non-state actor, it is always open to the state to defend its law as an

L’analyse fondée sur le par. 15(1) comporte deux étapes. Premièrement, le demandeur doit démontrer qu’il y a eu négation de son droit «à la même protection» ou «au même bénéfice» de la loi qu’une autre personne. Deuxièmement, le demandeur doit démontrer que cette négation constitue une discrimination. À cette seconde étape, pour établir qu’il y a discrimination, le demandeur doit prouver que la négation repose sur l’un des motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue et que le traitement inégal est fondé sur l’application stéréotypée de présomées caractéristiques personnelles ou de groupe. Si le demandeur s’acquitte de ce fardeau, la violation du par. 15(1) est établie. Il y a alors déplacement de la charge de la preuve et la partie qui cherche le maintien de la loi, habituellement l’État, doit établir que la «justification [de cette discrimination] puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique» conformément à l’article premier de la *Charte*.

Le déplacement de la charge de la preuve par application de l’art. 15 et de l’article premier est appropriée. Il impose l’obligation de présenter la preuve requise aux parties qui sont en meilleure position pour le faire. Il appartient alors au demandeur d’établir qu’il a été privé d’un avantage ou a souffert d’un désavantage par rapport à une autre personne. Il lui appartient également d’établir le fondement du fardeau ou du désavantage. C’est le demandeur qui est au courant de ces questions. Une fois ces éléments établis, il y a déplacement de la charge de la preuve vers l’État. C’est la loi de l’État qui contrevient à l’égalité de la personne pour des motifs douteux, et c’est à l’État qu’il convient le mieux de défendre cette violation. Exiger du demandeur qu’il prouve que le traitement inégal subi est irrationnel ou déraisonnable ou fondé sur des considérations non pertinentes reviendrait à exiger de lui qu’il présente une preuve des objectifs de l’État, ce qui rendrait souvent impossible pour la personne ordinaire de faire la preuve de la discrimination. De plus, la charge alors imposée à l’État n’est pas injuste: bien qu’il soit loisible à l’État de tenter d’établir des distinctions fondées sur des stéréotypes douteux, il doit être prêt à les justifier s’il désire que sa loi soit maintenue. Dans

intervenir dans les procédures. (If still in doubt as to the law's purpose and rationale, the court may also appoint an *amicus curiae* to assist the court by providing an impartial assessment, as was done in this appeal.)

des cas comme en l'espèce, où la partie qui appuie la loi n'est pas un représentant de l'État, celui-ci peut toujours défendre sa loi à titre d'intervenant dans les procédures. (S'il subsiste toujours des doutes quant à l'objet et à la justification de la loi, le tribunal peut également, comme il l'a fait en l'espèce, nommer un *amicus curiae* qui lui viendra en aide en fournissant une évaluation impartiale.)

130 This division of the analysis between s. 15(1) and s. 1 accords with the injunction to which this Court has adhered from the earliest *Charter* cases: courts should interpret the enumerated rights in a broad and generous fashion, leaving the task of narrowing the *prima facie* protection thus granted to conform to conflicting social and legislative interests to s. 1. See *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 509; *United States v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at p. 1480. It is significant that where the *Charter* seeks to narrow rights by concepts like reasonableness, it does so expressly, as in s. 8 and s. 11(b). Section 15(1) does not contain this sort of limitation.

Cette façon de départager l'analyse entre le par. 15(1) et l'article premier est compatible avec la directive à laquelle notre Cour s'est conformée depuis les premiers arrêts portant sur la *Charte*: les tribunaux devraient interpréter les droits qui y sont énumérés d'une façon large et libérale, et ce sera alors à l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier qu'il faudra restreindre la protection *prima facie* ainsi accordée pour la rendre conforme aux intérêts opposés sur les plans social et législatif. Voir les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 156; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 509; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, à la p. 1480. Il importe de préciser que la *Charte* est explicite lorsqu'elle cherche à restreindre des droits par des concepts comme le caractère raisonnable, comme elle le fait à l'art. 8 et à l'al. 11b). Le paragraphe 15(1) ne renferme pas de restriction de cette nature.

131 At the same time, this approach does not trivialize s. 15(1) by calling all distinctions discrimination. Unequal treatment alone — the mere fact of making a distinction — does not establish a breach of s. 15(1) of the *Charter*. The s. 15(1) guarantee relied on is “. . . equal benefit of the law without discrimination”. To prove discrimination, the claimant must show that the unequal treatment is based on one of the grounds expressly mentioned in s. 15(1) — race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability — or some analogous ground. These grounds serve as a filter to separate trivial inequities from those worthy of constitutional protection. They reflect the overarching purpose of the equality guarantee in the *Charter* — to prevent the violation of human dignity and freedom by imposing

Par ailleurs, l'analyse préconisée ne banalise pas le par. 15(1) en qualifiant de discriminatoires toutes les distinctions. L'inégalité de traitement en soi — le simple fait de créer une distinction — n'établit pas une violation du par. 15(1) de la *Charte*. Ce que garantit le par. 15(1) est le droit «. . . au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination». Pour prouver la discrimination, le demandeur doit établir que le traitement inégal est fondé sur l'un des motifs explicitement mentionnés au par. 15(1) — race, origine nationale ou ethnique, couleur, religion, sexe, âge ou déficiences mentales ou physiques — ou sur un motif analogue. Ces motifs permettent de procéder à une sorte de tri qui sert à distinguer les inégalités banales de celles qui méritent la protection de la Constitution. Ils traduisent l'objectif général de la

limitations, disadvantages or burdens through the stereotypical application of presumed group characteristics rather than on the basis of individual merit, capacity, or circumstance.

The enumerated and analogous grounds serve as ready indicators of discrimination because distinctions made on these grounds are typically stereotypical, being based on presumed rather than actual characteristics. Nevertheless, in some situations distinctions made on enumerated or analogous grounds may prove to be, upon examination, non-discriminatory. For example, the distinction may be found not to engage the purpose of the *Charter* guarantee. Thus in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1333, Wilson J., while leaving open the possibility that province of residence could be an analogous ground, held that it was not used in a way that engaged the purpose of s. 15 in that case. See also *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at pp. 392-93 *per* Wilson J.; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 992 *per* Lamer C.J.; and *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 761 *per* Iacobucci J. Furthermore, if the law distinguishes on an enumerated or analogous ground but does not have the effect of imposing a real disadvantage in the social and political context of the claim, it may similarly be found not to violate s. 15: *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872. Cases where a distinction made on an enumerated or analogous ground does not amount to discrimination, however, are rare. Faced with a denial of equal benefit based on an enumerated or analogous ground, one would be hard pressed to show that the distinction is not discriminatory: *Andrews*, *supra*, at pp. 174-75, and *McKinney v. University of Guelph*, *supra*, at pp. 392-93 *per* Wilson J.

My colleague Gonthier J. asserts that discrimination under s. 15(1) is conclusively rebutted by a

garantie d'égalité prévue dans la *Charte* — empêcher la violation de la dignité et de la liberté de la personne par l'imposition de restrictions, de désavantages ou de fardeaux fondés sur une application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe plutôt que sur les mérites ou capacités d'une personne ou encore sur les circonstances qui lui sont propres.

Les motifs énumérés et les motifs analogues sont des indices de discrimination facilement décelables parce que les distinctions fondées sur ces motifs sont habituellement stéréotypées, reposant sur des caractéristiques présumées plutôt que réelles. Néanmoins, dans certains cas, des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou des motifs analogues peuvent, à l'examen, se révéler non discriminatoires. Par exemple, on peut juger que la distinction n'a pas de rapport avec l'objet de la garantie de la *Charte*. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1333, tout en reconnaissant que la province de résidence pourrait constituer un motif analogue, le juge Wilson a statué que ce motif n'était pas utilisé d'une façon qui avait un rapport avec l'objet de l'art. 15 dans ce cas. Voir aussi *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, aux pp. 392 et 393, le juge Wilson; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la p. 992, le juge en chef Lamer, et *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, à la p. 761, le juge Iacobucci. En outre, si la loi établit une distinction fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue, mais n'a pas pour effet d'imposer un désavantage réel dans le contexte social et politique de la demande, elle pourrait bien ne pas non plus contrevenir à l'art. 15: *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872. Cependant, rares sont les cas où une distinction fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue ne sera pas discriminatoire. Lorsqu'il y a négation du droit au même bénéfice, fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue, il est très difficile d'établir que la distinction n'est pas discriminatoire: *Andrews*, précité, aux pp. 174 et 175, et *McKinney c. Université de Guelph*, précité, aux pp. 392 et 393, le juge Wilson.

Selon mon collègue le juge Gonthier, la discrimination visée au par. 15(1) est réfutée de façon

finding that the ground on which the equal treatment is denied is relevant to the legislative goal or the functional values underlying the impugned law. With respect, I cannot agree. Proof that the enumerated or analogous ground founding a denial of equality is relevant to a legislative goal may assist in showing that the case falls into the class of rare cases where such distinctions do not violate the equality guarantees of s. 15(1), serving as an indicator that the legislator has not made the distinction on stereotypical assumptions about group characteristics. However, relevance is only one factor in determining whether a distinction on an enumerated or analogous ground is discriminatory in the social and political context of each case. A finding that the distinction is relevant to the legislative purpose will not in and of itself support the conclusion that there is no discrimination. The inquiry cannot stop there; it is always necessary to bear in mind that the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of human dignity and freedom through the stereotypical application of presumed group characteristics. If the basis of the distinction on an enumerated or analogous ground is clearly irrelevant to the functional values of the legislation, then the distinction will be discriminatory. However, it does not follow from a finding that a group characteristic is relevant to the legislative aim that the legislator has employed that characteristic in a manner which does not perpetuate limitations, burdens and disadvantages in violation of s. 15(1). This can be ascertained only by examining the effect or impact of the distinction in the social and economic context of the legislation and the lives of the individuals it touches.

concluante si l'on juge pertinent le motif sur lequel se fonde la négation du droit à l'égalité de traitement relativement à l'objet de la loi ou aux valeurs fonctionnelles qui la sous-tendent. Avec égards, je ne partage pas cet avis. Une preuve de la pertinence par rapport à un objectif législatif du motif énuméré ou du motif analogue qui sert de fondement à une négation d'égalité peut aider à démontrer qu'il s'agit de l'un des rares cas où de telles distinctions ne violent pas les garanties d'égalité visées au par. 15(1), constituant un indice que le législateur n'a pas établi la distinction à partir d'hypothèses stéréotypées concernant des caractéristiques de groupe. Cependant, la pertinence n'est qu'un facteur servant à déterminer si une distinction fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue est discriminatoire dans le contexte social et politique de chaque cas. Déclarer que la distinction est pertinente relativement à l'objet de la loi n'appuiera pas en soi la conclusion qu'il n'y a pas de discrimination. L'examen ne peut s'arrêter là; il faut toujours se rappeler que l'objet du par. 15(1) est d'empêcher la violation de la dignité et de la liberté de la personne par l'application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe. Si le fait de fonder la distinction sur un motif énuméré ou un motif analogue est tout à fait non pertinent relativement aux valeurs fonctionnelles de la loi, alors la distinction sera discriminatoire. Cependant, conclure qu'une caractéristique de groupe est pertinente relativement à l'objet d'une loi ne signifie pas pour autant que le législateur a employé cette caractéristique d'une façon qui ne perpétue pas des restrictions, des fardeaux et des désavantages en contravention du par. 15(1). On ne peut s'en assurer qu'en examinant l'effet ou l'incidence de la distinction dans le contexte social et économique de la loi et la vie des personnes que cette distinction touche.

134 In approaching the concept of relevance within s. 15(1), great care must be taken in characterizing the functional values of the legislation. My colleague Gonthier J. concedes that the distinction here at issue — denial on the basis of marital status — might, for some purposes, be viewed as an analogous ground. He asserts, however, that it is not used in a discriminatory manner in this case

Dans l'analyse du concept de la pertinence dans le contexte du par. 15(1), il faut accorder une attention particulière à la détermination des valeurs fonctionnelles de la loi. Mon collègue le juge Gonthier reconnaît que la distinction en l'espèce — la négation d'un droit fondée sur l'état matrimonial — pourrait à certaines fins être considérée comme un motif analogue. Cependant, il affirme que cette

because “the functional value of the benefits is not to provide support for all family units living in a state of financial interdependence, but rather, the Legislature’s intention was to assist those couples who are married” (para. 72). He concludes that distinguishing on the basis of marital status is relevant to this purpose and hence that the law is not discriminatory. On examination, the reasoning may be seen as circular. Having defined the functional values underlying the legislation in terms of the alleged discriminatory ground, it follows of necessity that the basis of the distinction is relevant to the legislative aim. This illustrates the aridity of relying on the formal test of logical relevance as proof of non-discrimination under s. 15(1). The only way to break out of the logical circle is to examine the actual impact of the distinction on members of the targeted group. This, as I understand it, is the lesson of the early decisions of this Court under s. 15(1). The focus of the s. 15(1) analysis must remain fixed on the purpose of the equality guarantees which is to prevent the imposition of limitations, disadvantages or burdens through the stereotypical application of presumed group characteristics in violation of human dignity and freedom.

The same criticism can be made of La Forest J.’s reasoning in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, released concurrently. La Forest J. characterizes the functional value of the legislation as meeting the need to support married couples who are elderly. Because, in his view, marriage is “firmly anchored in the biological and social realities that heterosexual couples have the unique ability to procreate” (para. 21), Parliament may use the relevant ground of sexual orientation as a basis for distinguishing who should receive benefits under the Act. By defining the legislative aim in terms of the alleged discriminatory ground, namely married couples, the relevance of the ground is assured. On the assumption — misplaced in my view — that this relevance suffices to negate discrimination, s. 15(1) is said to be met without examining the

distinction n’est pas utilisée de façon discriminatoire dans le cas qui nous occupe parce que «la valeur fonctionnelle des avantages n’est pas de venir en aide à toutes les unités familiales qui vivent dans un état d’interdépendance financière; en réalité, la législature avait l’intention d’aider les couples mariés» (par. 72). Il conclut qu’une distinction fondée sur l’état matrimonial est pertinente relativement à cet objectif et que, en conséquence, la loi n’est pas discriminatoire. À l’examen, ce raisonnement peut paraître circulaire. Une fois définies les valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi par rapport au motif de discrimination allégué, il s’ensuit nécessairement que le fondement de la distinction est pertinent relativement à l’objet de la loi. Cela illustre qu’il est vain de se fier au critère formel de la pertinence logique comme preuve de l’absence de discrimination au sens du par. 15(1). La seule façon de sortir de ce cercle logique est d’examiner l’incidence réelle de la distinction sur les membres du groupe visé. C’est là, si je comprends bien, la leçon qu’il faut tirer des premiers arrêts de notre Cour sur le par. 15(1). L’analyse fondée sur le par. 15(1) doit continuer de se concentrer sur l’objet des garanties d’égalité qui est d’empêcher que soient imposés des restrictions, des désavantages ou des fardeaux par le biais de l’application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe en violation de la dignité et de la liberté de la personne.

La même critique peut être formulée à l’endroit du raisonnement du juge La Forest dans l’arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, rendu simultanément. Il affirme que la valeur fonctionnelle de la loi est de répondre à la nécessité de venir en aide aux couples mariés qui sont âgés. À son avis, parce que le mariage «repose fermement sur la réalité biologique et sociale qui fait que seuls les couples hétérosexuels ont la capacité de procréer» (par. 21), le législateur peut utiliser le motif pertinent de l’orientation sexuelle pour déterminer qui devrait recevoir les indemnités en vertu de la Loi. Si l’on définit l’objet de la loi en fonction du motif de discrimination allégué, soit le mariage, le motif est assurément pertinent. Si l’on suppose, erronément à mon avis, que cette pertinence suffit à réfuter la discrimination, on se trouve à avoir.

actual impact of the legislation on members of groups who may be disadvantaged by the distinction.

satisfait au par. 15(1) sans avoir eu à examiner l'incidence véritable de la loi sur les membres des groupes susceptibles d'être défavorisés par la distinction.

136

The danger of using relevance as a complete answer to the question of whether discrimination is made out, and thus of losing sight of the values underlying s. 15(1), is acute when one is dealing with so-called "biological" differences. This is the lesson of *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183, and *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219. In *Bliss*, a *Bill of Rights* case, this Court denied benefits to pregnant women under the *Unemployment Insurance Act, 1971*, on the reasoning that the distinction drawn under the Act was based on relevant biological differences. Ten years later, in *Brooks*, this Court acknowledged that the superficial relevance of the biological difference between women and men had led it astray in *Bliss*. The ultimate issue was whether the impugned distinction denied benefits to a class of people — pregnant women — in a way which was discriminatory on the basis of sex. In the result, the Court concluded that the denial of benefits had the effect of denying equality to women, the only class of persons who could become pregnant, and unfairly placed an economic burden due to pregnancy solely on the shoulders of women. Much as this Court did in *Bliss*, La Forest J. relies on the biological differences between heterosexual and homosexual couples to find that the *Old Age Security Act* does not discriminate on the basis of sexual orientation. Following the lesson of *Brooks*, I would respectfully suggest that more is required; if we are not to undermine the promise of equality in s. 15(1) of the *Charter*, we must go beyond biological differences and examine the impact of the impugned distinction in its social and economic context to determine whether it, in fact,

Se servir exclusivement du critère de la pertinence pour déterminer si l'on a établi l'existence d'une discrimination et, en conséquence, perdre de vue les valeurs qui sous-tendent le par. 15(1) pose un grave danger lorsque l'on est en présence de différences dites «biologiques». C'est la leçon qui se dégage des arrêts *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183, et *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219. Dans l'arrêt *Bliss*, une affaire relative à la *Déclaration canadienne des droits*, notre Cour a refusé à des femmes enceintes le versement de prestations en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, soutenant que la distinction établie en vertu de cette loi était fondée sur des différences biologiques pertinentes. Dix ans plus tard, dans l'arrêt *Brooks*, notre Cour a reconnu que la pertinence superficielle de la différence biologique entre les femmes et les hommes l'avait amenée à commettre une erreur dans l'arrêt *Bliss*. La question ultime était de savoir si la distinction attaquée privait de prestations une catégorie de personnes — les femmes enceintes — d'une façon discriminatoire fondée sur le sexe. Notre Cour a conclu que le refus des prestations avait pour effet de nier l'égalité aux femmes, la seule catégorie de personnes susceptibles de devenir enceintes, et imposait de façon injuste seulement aux femmes un fardeau économique lié à la grossesse. À peu près comme notre Cour l'a fait dans l'arrêt *Bliss*, le juge La Forest se fonde sur les différences biologiques entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels pour conclure que la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* n'établit pas de distinction fondée sur l'orientation sexuelle. Après la leçon apprise dans l'arrêt *Brooks*, j'affirmerais, avec égards, qu'il faut davantage; si nous ne voulons pas contrecarrer la promesse d'égalité prévue au par. 15(1) de la *Charte*, nous devons aller au-delà des différences biologiques et examiner l'incidence de la distinction attaquée dans son contexte social et économique pour déterminer si elle perpé-

perpetuates the undesirable stereotyping which s. 15(1) aims to eradicate.

Relevance as the ultimate indicator of non-discrimination suffers from the disadvantage that it may validate distinctions which violate the purpose of s. 15(1). A second problem is that it may lead to enquiries better pursued under s. 1. As pointed out by this Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*, an analysis within s. 15 of whether the distinction was reasonable leaves little to s. 1, because in determining reasonableness, one must look at the conflicting state interest and determine if its importance outweighs the denial of equality. The same difficulties arise with asking whether the unequal treatment is justified because the distinction is relevant to the legislative goal. If any professed relevance suffices, unevaluated and unweighed, then few claims would pass s. 15(1). On the other hand, an evaluation of the degree of relevance of the ground of distinction to the legislative goal necessarily involves weighing the legislative purpose against the seriousness of the unequal treatment. Under the scheme of the *Charter*, such questions are better posed under s. 1.

Dividing the analysis between s. 15(1) and s. 1 as I have suggested also corresponds to the Canadian practice under human rights codes. Typically, these codes prohibit distinctions made on specified grounds, similar to those enumerated in s. 15(1) of the *Charter*. To found a complaint, it suffices to show that there has been a denial of equality on one of the listed grounds. But this is not the end of the story. The person alleged to have contravened the Code may avoid liability by establishing a justificatory defence, for example, that the distinction

tue en fait le stéréotype indésirable que vise à éliminer le par. 15(1).

Considérer que la pertinence est l'indice ultime de l'absence de discrimination est problématique en ce que cela peut permettre de valider des distinctions qui iraient à l'encontre du but poursuivi par le par. 15(1). Un deuxième problème est que cela peut donner lieu à des examens qui devraient plutôt être effectués en fonction de l'article premier. Comme notre Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, si l'on analyse le caractère raisonnable de la distinction dans le cadre de l'art. 15, il reste peu d'éléments à prendre en compte sur le fondement de l'article premier puisque l'on doit, dans la détermination du caractère raisonnable, examiner l'intérêt opposé de l'État et déterminer si son importance l'emporte sur la négation de l'égalité. Les mêmes difficultés se présentent lorsque l'on se demande si le traitement inégal est justifié du fait que la distinction est pertinente au regard de l'objectif législatif. Si l'affirmation de sa pertinence suffit, sans qu'elle soit évaluée ni pondérée, alors peu de demandes réussiront à satisfaire aux exigences du par. 15(1). Par contre, une évaluation du degré de pertinence du motif de distinction relativement à l'objectif législatif comporte nécessairement une pondération de l'objectif législatif par rapport à la gravité du traitement inégal. Dans le cadre de la *Charte*, ces questions devraient plutôt être examinées à l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier.

Départager l'analyse entre le par. 15(1) et l'article premier comme je le propose correspond aussi à la pratique canadienne observée à l'égard des codes des droits de la personne. En règle générale, ces codes interdisent de faire des distinctions pour des motifs précis, semblables à ceux qui sont énumérés au par. 15(1) de la *Charte*. Pour qu'une plainte soit fondée, il suffit d'établir qu'il y a une négation de l'égalité pour l'un des motifs énumérés. Cependant, ce n'est pas tout. La personne qui aurait contrevenu au code peut éviter toute responsabilité en établissant en défense que la distinction est justifiée, par exemple, en raison des exi-

was justified in view of the requirements of the workplace (a bona fide occupational requirement).

gences du milieu de travail (une exigence professionnelle normale).

139 Finally, the analysis I propose does not preclude the state from making distinctions between people on grounds like race, sex, age and citizenship. The state may do so, provided it can justify its use of the suspect criterion. Citizenship, recognized as an analogous ground in *Andrews*, provides a ready example. The state may be justified in confining certain privileges, like carrying a passport or serving in high government office, to citizens. If it can establish that justification, it may deny the privileges to non-citizens. *McKinney v. University of Guelph*, *supra*, provides another example. While the Court found that the university's policy of mandatory retirement at age 65 constituted discrimination on the basis of age, the policy was held to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. In short, the *Charter* does not forbid all distinctions on the basis of the enumerated or analogous grounds; it forbids stereotypical distinctions which the state cannot justify.

Enfin, l'analyse que je propose n'empêche pas l'État de faire des distinctions entre les personnes pour des motifs comme la race, le sexe, l'âge et la citoyenneté. Il peut le faire s'il peut justifier son recours au critère douteux. La citoyenneté, reconnue comme un motif analogue dans l'arrêt *Andrews*, constitue un bon exemple. L'État peut être justifié de n'accorder certains privilèges qu'à ses citoyens, par exemple, l'obtention d'un passeport ou l'occupation de charges importantes au sein du gouvernement. S'il peut établir cette justification, il peut refuser les privilèges en question aux personnes qui n'ont pas la citoyenneté. L'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, précité, offre un autre exemple. Bien que notre Cour ait conclu que la politique de l'université en matière de retraite obligatoire à l'âge de 65 ans constituait une discrimination fondée sur l'âge, elle a statué que cette politique était raisonnable et que sa justification pouvait se démontrer dans une société libre et démocratique. Bref, la *Charte* n'interdit pas toutes les distinctions fondées sur les motifs énumérés ou des motifs analogues; elle interdit seulement les distinctions stéréotypées que l'État ne peut justifier.

140 To recapitulate, the analysis under s. 15(1) involves two steps: examination of whether there has been a denial of "equal protection" or "equal benefit" of the law, and a finding that the denial constitutes discrimination. To establish discrimination, the claimant must bring the distinction within an enumerated or analogous ground. In most cases, this suffices to establish discrimination. However, exceptionally it may be concluded that the denial of equality on the enumerated or analogous ground does not violate the purpose of s. 15(1) — to prevent the violation of human dignity and freedom through the imposition of limitations, disadvantages or burdens through the stereotypical application of presumed group characteristics, rather than on the basis of merit, capacity or circumstance. While irrelevance of the ground of distinction may indicate discrimination, the converse is not true. Proof of relevance does not negate the possibility

En résumé, l'analyse fondée sur le par. 15(1) comporte deux étapes: il faut examiner s'il y a eu négation du droit d'une personne «à la même protection et au même bénéfice de la loi», et conclure que cette négation constitue une discrimination. Pour établir la discrimination, le demandeur doit démontrer que cette négation repose sur un motif énuméré ou un motif analogue. Dans la plupart des cas, cela suffira. Cependant, on peut exceptionnellement conclure que la négation de l'égalité fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue ne contrevient pas à l'objet du par. 15(1) — empêcher que la dignité et la liberté de la personne soient violées par l'imposition de restrictions, de désavantages ou de fardeaux fondés sur une application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe plutôt que sur les mérites, les capacités ou les circonstances. Bien que la non-pertinence du motif de distinction puisse constituer un signe de

of discrimination. We must look beyond relevance to ascertain whether the impact of the impugned legislation is to disadvantage the group or individual in a manner which perpetuates the injustice which s. 15(1) is aimed at preventing.

If a violation of s. 15(1) is established, the burden shifts to the party upholding the denial of equality to justify it under s. 1 of the *Charter*. Section 15(1) and s. 1 of the *Charter* must be read together. Neither, in itself, is complete. Together, they provide a comprehensive equality analysis that provides effective remedies against discrimination while preserving the power of the state to deny protections and benefits to individuals where differences between them justify it.

2. Section 15(1) — Discrimination and its grounds

As indicated, the equality analysis under s. 15(1) involves a two-step process. First, the claimant must show that the law treats the claimant unequally in relation to another person. Second, the claimant must show that the denial results in discrimination and was made on the basis of one of the grounds enumerated in s. 15(1) or an analogous ground.

Step One — Denial of equal benefit or equal protection of law and its basis

In this case, the insurer concedes that the legislation-based Ontario Standard Automobile Policy held by Ms. Valliere at the time of Mr. Miron's injury grants benefits to married couples which it does not accord to couples who are unmarried. The policy denies a person in an unmarried relationship benefits granted a similar person in a married relationship. Thus denial of equal benefit on the basis of marital status is established. The alleged discrimination is direct; there is no question of indi-

discrimination, l'inverse n'est pas vrai. La preuve de la pertinence n'écarte pas la possibilité de discrimination. Nous devons aller au-delà de la pertinence pour déterminer si la loi attaquée a pour conséquence de défavoriser le groupe ou la personne d'une façon qui perpétue l'injustice que le par. 15(1) vise à empêcher.

Si l'on établit une violation du par. 15(1), il y a alors déplacement de la charge de la preuve, et la partie qui veut le maintien de la négation de l'égalité doit la justifier au regard de l'article premier de la *Charte*. Il faut lire conjointement le par. 15(1) et l'article premier de la *Charte*. Ni l'un ni l'autre n'est complet en soi. Ensemble, ils permettent de procéder à une analyse exhaustive de la question de l'égalité et d'offrir ainsi des moyens de réparation efficaces contre la discrimination, tout en maintenant le pouvoir de l'État de refuser des garanties et des avantages à des personnes dans le cas où il est justifié d'établir des distinctions entre elles.

2. Le paragraphe 15(1) — La discrimination et ses motifs

Comme je l'ai indiqué, l'analyse de la question de l'égalité fondée sur le par. 15(1) comporte deux étapes. Premièrement, le demandeur doit établir que la loi ne le traite pas de la même façon qu'une autre personne. Deuxièmement, il doit établir que la négation aboutit à une discrimination et que la distinction est fondée sur l'un des motifs énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue.

Première étape: La négation du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi et son fondement

En l'espèce, l'assureur reconnaît que l'Ontario Standard Automobile Policy, rédigée en conformité avec la loi, que M^{me} Valliere détenait au moment de l'accident de M. Miron accorde aux couples mariés des indemnités qu'elle n'offre pas aux couples qui ne le sont pas. La police prive une personne qui vit dans une union hors mariage des indemnités accordées à une personne similaire qui est mariée, ce qui établit qu'il y a négation du droit au même bénéfice fondée sur l'état matrimonial.

141

142

143

rect discrimination because of the effect of the legislation, as opposed to its facial wording. The next inquiry is whether marital status is an analogous ground under s. 15(1).

Step Two — Is marital status an analogous ground and if so, is the distinction on the basis of marital status discriminatory?

La discrimination reprochée est directe; il ne s'agit pas de discrimination indirecte de par l'effet de la loi, par opposition à son libellé même. Il faut ensuite déterminer si l'état matrimonial constitue un motif analogue visé par le par. 15(1).

Deuxième étape: L'état matrimonial est-il un motif analogue et dans l'affirmative, la distinction fondée sur l'état matrimonial est-elle discriminatoire?

144 Section 15(1) of the *Charter* forbids discrimination, and "in particular, . . . discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability". The ground upon which the distinction in this case is based — marital status — is not included in the list of particularized grounds. We must therefore determine whether marital status is an analogous ground.

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* interdit 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». Le motif sur lequel se fonde la distinction soulevée en l'espèce — l'état matrimonial — n'est pas inclus dans la liste des motifs énumérés. Nous devons donc déterminer si l'état matrimonial est un motif analogue.

145 Our approach must be generous, reflecting the "continuing framework" of the constitution and the need for "the unremitting protection of equality rights": *Andrews, per McIntyre J.*, at p. 175. *Andrews* instructs us that our approach must also reflect the human rights background against which the *Charter* was adopted. In evoking human rights law as the defining characteristic of discrimination under s. 15(1) of the *Charter*, this Court in *Andrews* engaged the principle of equality which underlies the constitutions of free and democratic countries throughout the world. This principle recognizes the dignity of each human being and each person's freedom to develop his body and spirit as he or she desires, subject to such limitations as may be justified by the interests of the community as a whole. It recognizes that society is based on individuals who are different from each other, and that a free and democratic society must accommodate and respect these differences.

Notre analyse doit être libérale, de manière à refléter «le cadre permanent» de la Constitution et la nécessité de «la protection constante» des droits à l'égalité»: l'arrêt *Andrews*, précité, le juge McIntyre, à la p. 175. Cet arrêt nous indique que notre analyse doit aussi refléter le contexte des droits de la personne dans lequel a été adoptée la *Charte*. En évoquant les lois sur les droits de la personne comme la caractéristique déterminante de la discrimination visée au par. 15(1) de la *Charte*, notre Cour a appliqué, dans l'arrêt *Andrews*, le principe de l'égalité qui sous-tend les constitutions des pays libres et démocratiques dans le monde. Ce principe reconnaît la dignité de chaque être humain et la liberté que chaque personne a de développer son corps et son esprit comme elle le désire, sous réserve de restrictions justifiées par les intérêts de l'ensemble de la collectivité. Il reconnaît également que la société se compose de personnes toutes différentes les unes des autres et qu'une société libre et démocratique doit composer avec ces différences et les respecter.

146 The corollary of the recognition of the dignity of each individual is the recognition of the wrong that lies in withholding or limiting access to opportunities, benefits, and advantages available to other

Le corollaire de la reconnaissance de la dignité de chacun est la reconnaissance qu'il est mauvais d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à

members of society, solely on the ground that the individual is a member of a particular group deemed to be less able or meritorious than others. This is the evil we call discrimination. It denies to the individual the right to realize his or her potential and to live in the freedom accorded to others, solely because of the group to which the individual belongs. In the course of the past century, free and democratic societies throughout the world have recognized that the elimination of such discrimination is essential, not only to achieving the kind of society to which we aspire, but to democracy itself. "The principle of equality, which is but the other side of the coin of discrimination and to which the law of every democratic country strives to realize in pursuit of justice and decency, means that one must apply, for the purpose of the [legislative] goal in question, equal treatment for all people, where there are no real differences amongst them that are relevant to that goal": *Boronovsky v. Chief Rabbis of Israel*, P.D. CH [25] (1), 7, 35.

The grounds of discrimination enumerated in s. 15(1) of the *Charter* identify group characteristics which often serve as irrelevant grounds of distinction between people. The history of the human rights movement is a history of reaction against persecution and denial of opportunity on the basis of irrelevant stereotypical group classifications like race, sex, and religion. It is not surprising therefore to see these as well as other common markers of irrelevant exclusion enumerated in s. 15(1). But the categories are not closed, as s. 15(1) recognizes. Analogous grounds of discrimination may be recognized. Logic suggests that in determining whether a particular group characteristic is an analogous ground, the fundamental consideration is whether the characteristic may serve as an irrelevant basis of exclusion and a denial of essential human dignity in the human rights tradition. In other words, may it serve as a basis for unequal treatment based on stereotypical attributes ascribed to the group, rather than on the true worth and ability or circumstances of the individual? An affirmative answer to this question indicates that the char-

d'autres membres de la société, pour le seul motif que la personne est membre d'un groupe particulier réputé moins capable ou méritant que d'autres. C'est le mal que l'on appelle discrimination. Il prive la personne de son droit d'atteindre son potentiel et de vivre avec la liberté accordée aux autres, seulement en raison du groupe auquel elle appartient. Au cours du dernier siècle, des sociétés libres et démocratiques à travers le monde ont reconnu qu'il est essentiel d'éliminer cette discrimination, non seulement pour parvenir à la société à laquelle nous aspirons, mais aussi à la démocratie même. [TRADUCTION] «Le principe de l'égalité, qui est le revers de la discrimination et que toute démocratie à la recherche d'un sens de décence et de justice cherche à réaliser par ses règles de droit, signifie qu'il faut, pour les fins de l'objectif en question, traiter toutes les personnes de la même façon, s'il n'existe pas entre elles de véritables différences pertinentes quant à cet objectif [législatif]»: *Boronovsky c. Chief Rabbis of Israel*, P.D. CH [25] (1), 7, 35.

Les motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) de la *Charte* font ressortir des caractéristiques de groupe souvent utilisées comme motifs non pertinents de distinction entre les gens. L'histoire du mouvement des droits de la personne est un historique de la riposte à la persécution et à la négation des possibilités pour des motifs fondés sur des classifications de groupe stéréotypées non pertinentes comme la race, le sexe et la religion. Il n'est donc pas étonnant de constater que le par. 15(1) énumère ces motifs ainsi que d'autres repères communs d'exclusion non pertinente. Cependant, ces catégories ne sont pas exhaustives comme le reconnaît le par. 15(1). Des motifs analogues de discrimination peuvent être reconnus. Lorsque l'on détermine si une caractéristique de groupe particulière constitue un motif analogue, la logique veut que la considération fondamentale soit de savoir si cette caractéristique peut servir de motif non pertinent d'exclusion et de négation de la dignité humaine essentielle dans la tradition des droits de la personne. En d'autres termes, cette caractéristique peut-elle servir de base à un traitement inégal fondé sur des caractéristiques stéréotypées attribuées au groupe concerné, plutôt que sur

acteristic may be used in a manner which is violative of human dignity and freedom.

les véritables mérites et capacités de la personne ou sur les circonstances qui lui sont propres? Une réponse affirmative à cette question est une indication que la caractéristique peut être utilisée d'une façon qui va à l'encontre de la dignité et de la liberté de la personne.

148 The theme of violation of human dignity and freedom by imposing limitations and disadvantages on the basis of a stereotypical attribution of group characteristics rather than on the basis of individual capacity, worth or circumstance is reflected in qualities which judges have found to be associated with analogous grounds. One indicator of an analogous ground may be that the targeted group has suffered historical disadvantage, independent of the challenged distinction: *Andrews, supra*, at p. 152 *per* Wilson J.; *Turpin, supra*, at pp. 1331-32. Another may be the fact that the group constitutes a "discrete and insular minority": *Andrews, supra*, at p. 152 *per* Wilson J. and at p. 183 *per* McIntyre J.; *Turpin, supra*, at p. 1333. Another indicator is a distinction made on the basis of a personal characteristic; as McIntyre J. stated in *Andrews*, "[d]istinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed" (pp. 174-75). By extension, it has been suggested that distinctions based on personal and immutable characteristics must be discriminatory within s. 15(1): *Andrews, supra*, at p. 195 *per* La Forest J. Additional assistance may be obtained by comparing the ground at issue with the grounds enumerated, or from recognition by legislators and jurists that the ground is discriminatory: see *Egan v. Canada, supra, per* Cory J.

Parmi les qualificatifs que les juges ont associés aux motifs analogues, on note le thème de la violation de la dignité et de la liberté de la personne lorsque sont imposés des restrictions et des désavantages fondés sur une attribution stéréotypée de caractéristiques de groupe plutôt que sur les capacités ou les mérites d'un individu ou encore sur les circonstances qui lui sont propres. Un indice de motif analogue pourrait être le fait que le groupe visé a subi un désavantage historique, indépendamment de la distinction contestée: *Andrews*, précité, à la p. 152, le juge Wilson, et *Turpin*, précité, aux pp. 1331 et 1332. Un autre pourrait être que le groupe constitue une «minorité discrète et isolée»: *Andrews*, précité, à la p. 152, le juge Wilson, et à la p. 183, le juge McIntyre; *Turpin*, précité, à la p. 1333. Un autre indice serait le cas où une distinction est fondée sur une caractéristique personnelle; comme l'affirme le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, «[l]es distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement» (pp. 174 et 175). Par extension, on a soutenu que des distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles et immuables doivent être discriminatoires au sens du par. 15(1): *Andrews*, précité, à la p. 195, le juge La Forest. Une comparaison entre le motif soulevé et les motifs énumérés peut également être utile, de même que la reconnaissance que les législateurs et les juristes considèrent que le motif en question est discriminatoire: voir *Egan c. Canada*, précité, le juge Cory.

149 All of these may be valid indicators in the inclusionary sense that their presence may signal an analogous ground. But the converse proposition — that any or all of them must be present to find an analogous ground — is invalid. As Wilson J. rec-

Tous ces éléments peuvent être des indices valides au sens où leur présence peut constituer un signe de l'existence d'un motif analogue. Cependant, n'est pas valide la proposition contraire — selon laquelle un ou l'ensemble de ces éléments

ter consideration on the ground that its recognition would trivialize the equality guarantee.

152 Second, marital status possesses characteristics often associated with recognized grounds of discrimination under s. 15(1) of the *Charter*. Persons involved in an unmarried relationship constitute an historically disadvantaged group. There is ample evidence that unmarried partners have often suffered social disadvantage and prejudice. Historically in our society, the unmarried partner has been regarded as less worthy than the married partner. The disadvantages inflicted on the unmarried partner have ranged from social ostracism through denial of status and benefits. In recent years, the disadvantage experienced by persons living in illegitimate relationships has greatly diminished. Those living together out of wedlock no longer are made to carry the scarlet letter. Nevertheless, the historical disadvantage associated with this group cannot be denied.

153 A third characteristic sometimes associated with analogous grounds — distinctions founded on personal, immutable characteristics — is present, albeit in attenuated form. In theory, the individual is free to choose whether to marry or not to marry. In practice, however, the reality may be otherwise. The sanction of the union by the state through civil marriage cannot always be obtained. The law; the reluctance of one's partner to marry; financial, religious or social constraints — these factors and others commonly function to prevent partners who otherwise operate as a family unit from formally marrying. In short, marital status often lies beyond the individual's effective control. In this respect, marital status is not unlike citizenship, recognized as an analogous ground in *Andrews*: the individual exercises limited but not exclusive control over the designation.

154 Comparing discrimination on the basis of marital status with the grounds enumerated in s. 15(1), discrimination on the ground of marital status may

déterminante pour les personnes. Ce n'est pas une question qui devrait être écartée d'un examen fondé sur la *Charte* pour le motif que l'on se trouverait ainsi à banaliser la garantie d'égalité.

Deuxièmement, l'état matrimonial possède des caractéristiques souvent associées aux motifs de discrimination reconnus au par. 15(1) de la *Charte*. Les personnes qui vivent en union de fait constituent un groupe historiquement désavantagé. De nombreux faits établissent que les partenaires non mariés ont souvent subi un désavantage et un préjudice au sein de la société. En effet, traditionnellement dans notre société, on a considéré que le partenaire non marié avait moins de valeur que le partenaire marié. Parmi les désavantages subis par les partenaires non mariés, mentionnons l'ostracisme social par négation de statut et de bénéfices. Au cours des dernières années, le désavantage subi par des personnes vivant en union illégitime a grandement diminué. Nous sommes loin du temps où elles étaient obligées d'afficher sur elles la lettre A (pour adultère). Néanmoins, on ne saurait nier le désavantage historique subi par ce groupe.

Une troisième caractéristique parfois associée à des motifs analogues — les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles immuables — existe aussi, mais sous une forme atténuée. En théorie, la personne est libre de choisir de se marier ou non. Cependant, en pratique, la réalité pourrait bien être tout autre. Il n'est pas toujours possible d'obtenir la sanction de l'union par l'État par un mariage civil. La loi, l'hésitation à se marier de l'un des partenaires, les contraintes financières, religieuses ou sociales sont autant de facteurs qui empêchent habituellement des partenaires, qui par ailleurs fonctionnent comme une unité familiale, de se marier officiellement. Bref, l'état matrimonial échappe souvent au contrôle de la personne. À ce point de vue, l'état matrimonial n'est pas différent de la citoyenneté, qui a été reconnue comme un motif analogue dans l'arrêt *Andrews*; la personne exerce un contrôle limité, mais non exclusif sur son état matrimonial.

Lorsque l'on compare la discrimination fondée sur l'état matrimonial et celle fondée sur les motifs énumérés au par. 15(1), on peut estimer que la dis-

ognized in *Turpin* (at p. 1333), they are but “analytical tools” which may be “of assistance”. For example, analogous grounds cannot be confined to historically disadvantaged groups; if the *Charter* is to remain relevant to future generations, it must retain a capacity to recognize new grounds of discrimination. Nor is it essential that the analogous ground target a discrete and insular minority; this is belied by the inclusion of sex as a ground enumerated in s. 15(1). And while discriminatory group markers often involve immutable characteristics, they do not necessarily do so. Religion, an enumerated ground, is not immutable. Nor is citizenship, recognized in *Andrews*; nor province of residence, considered in *Turpin*. All these and more may be indicators of analogous grounds, but the unifying principle is larger: the avoidance of stereotypical reasoning and the creation of legal distinctions which violate the dignity and freedom of the individual, on the basis of some preconceived perception about the attributed characteristics of a group rather than the true capacity, worth or circumstances of the individual.

What then of the analogous ground proposed in this case — marital status? The question is whether the characteristic of being unmarried — of not having contracted a marriage in a manner recognized by the state — constitutes a ground of discrimination within the ambit of s. 15(1). In my view, it does.

First, discrimination on the basis of marital status touches the essential dignity and worth of the individual in the same way as other recognized grounds of discrimination violative of fundamental human rights norms. Specifically, it touches the individual’s freedom to live life with the mate of one’s choice in the fashion of one’s choice. This is a matter of defining importance to individuals. It is not a matter which should be excluded from *Char-*

doivent être présents si l’on veut conclure à l’existence d’un motif analogue. Comme l’a reconnu le juge Wilson dans l’arrêt *Turpin* (à la p. 1333), ils ne sont qu’«un moyen analytique» utilisé pour «déterminer» une question. Par exemple, on ne peut limiter les motifs analogues aux groupes historiquement défavorisés; pour que la *Charte* demeure pertinente pour les générations futures, elle doit permettre de reconnaître de nouveaux motifs de discrimination. Il n’est pas non plus essentiel que le motif analogue vise une minorité discrète et isolée; cela est confirmé par l’inclusion du motif fondé sur le sexe parmi ceux énumérés au par. 15(1). De plus, bien que des repères de groupe discriminatoires comportent souvent des caractéristiques immuables, ce n’est pas nécessairement toujours le cas. Par exemple, la religion, un motif énuméré, n’est pas un motif immuable, ni d’ailleurs la citoyenneté, reconnue dans l’arrêt *Andrews*, pas plus que la province de résidence, examinée dans l’arrêt *Turpin*. Ces éléments peuvent parmi d’autres constituer des indices de motifs analogues; cependant, le principe unificateur est plus général: il faut éviter les raisonnements stéréotypés et la création de distinctions juridiques qui violent la dignité et la liberté de la personne pour un motif fondé sur une idée préconçue des caractéristiques attribuées à un groupe plutôt que sur les capacités ou les mérites d’un individu ou sur les circonstances qui lui sont propres.

Qu’en est-il alors du motif analogue proposé en l’espèce — l’état matrimonial? La question est de savoir si le fait de ne pas être marié — ou de ne pas s’être marié d’une façon reconnue par l’État — constitue un motif de discrimination au sens du par. 15(1). À mon avis, il faut répondre dans l’affirmative.

Premièrement, la discrimination fondée sur l’état matrimonial touche la dignité et le mérite essentiels de la personne de la même façon que d’autres motifs de discrimination reconnus vont à l’encontre de normes fondamentales en matière de droits de la personne. Plus particulièrement, ce motif touche la liberté d’une personne de vivre avec le partenaire de son choix, comme elle l’entend. Il s’agit là d’une question d’importance

150

151

be seen as akin to discrimination on the ground of religion, to the extent that it finds its roots and expression in moral disapproval of all sexual unions except those sanctioned by the church and state.

Of late, legislators and jurists throughout our country have recognized that distinguishing between cohabiting couples on the basis of whether they are legally married or not fails to accord with current social values or realities. As the *amicus curiae* has pointed out, 63 Ontario statutes currently make no distinction between married partners and unmarried partners who have cohabited in a conjugal relationship. For example, the right to spousal maintenance is not conditioned on marriage: see Part III, *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, which establishes a right to spousal support for those who have cohabited continuously for a period of not less than three years or who have cohabited in a relationship of some permanence and who have a child. Other provinces have adopted similar benefit thresholds. In the judicial domain, judges have recognized the right of unmarried spouses to share in family property through the doctrine of unjust enrichment: *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980. All this suggests recognition of the fact that it is often wrong to deny equal benefit of the law because a person is not married.

These considerations, taken together, suggest that denial of equality on the basis of marital status constitutes discrimination within the ambit of s. 15(1) of the *Charter*. If the evil to which s. 15(1) is addressed is the violation of human dignity and freedom by imposing limitations or disadvantages on the basis of the stereotypical application of presumed group characteristics, rather than on the basis of individual capacity, worth or circumstance, then marital status should be considered an analogous ground. The essential elements necessary to engage the overarching purpose of s. 15(1) — violation of dignity and freedom, an historical

discrimination fondée sur l'état matrimonial s'apparente à la discrimination pour un motif fondé sur la religion dans la mesure où elle trouve son origine et son expression dans la désapprobation morale de toutes les unions à caractère sexuel, sauf celles sanctionnées par l'Église et par l'État.

Dernièrement, les législateurs et les juristes dans l'ensemble du pays ont reconnu que c'est ignorer les valeurs ou les réalités sociales de l'heure que d'établir entre les couples qui cohabitent une distinction fondée sur le fait qu'ils sont légalement mariés ou non. Comme l'*amicus curiae* le fait remarquer, 63 lois ontariennes n'établissent actuellement aucune distinction entre partenaires mariés et partenaires non mariés qui ont cohabité dans une union conjugale. Par exemple, le droit aux aliments n'est pas déterminé par le mariage: voir la partie III de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, qui établit un droit aux aliments entre personnes qui ont cohabité de façon continue pendant au moins trois ans ou qui ont cohabité dans une union présentant une certaine permanence et ont un enfant. D'autres provinces ont adopté des critères de base similaires. Dans le domaine judiciaire, les juges ont reconnu le droit des conjoints non mariés au partage des biens familiaux par application de la doctrine de l'enrichissement sans cause: *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980. Il ressort de tout cela que l'on reconnaît que c'est souvent à tort que l'accès au même bénéfice de la loi est refusé parce qu'une personne n'est pas mariée.

Prises ensemble, ces considérations donnent à entendre que la négation de l'égalité pour un motif fondé sur l'état matrimonial constitue une discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Si le tort que le par. 15(1) cherche à redresser est la violation de la dignité et de la liberté de la personne par des restrictions ou des désavantages fondés sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe plutôt que sur les mérites ou les capacités d'un individu ou les circonstances qui lui sont propres, alors l'état matrimonial devrait être considéré comme un motif analogue. On retrouve les éléments nécessaires à l'application de l'objec-

group disadvantage, and the danger of stereotypical group-based decision-making — are present and discrimination is made out.

tif général du par. 15(1) — la violation de la dignité et de la liberté, un désavantage historique de groupe et le risque de prise de décisions stéréotypées touchant le groupe — et la discrimination est établie.

157 These observations are sufficient to dispose of the insurer's arguments based on alleged absence of historical disadvantage and the "mutable" nature of the unmarried state. It remains to consider, however, the theme underlying the whole of the insurer's submissions — that marriage is a good and honourable state and hence cannot serve as a ground for discrimination. To most in our society, marriage is a good thing; to many a sacred thing. There is nobility in the public commitment of two people to each other to the exclusion of all others. How can it be wrong to use this commitment as the condition of receiving legal protection and benefit?

Ces observations suffisent pour répondre à l'assureur dont les arguments se fondent sur la prétendue inexistence d'un désavantage historique et le caractère «changeant» de l'état de personne non mariée. Cependant, il reste à examiner le thème qui sous-tend l'ensemble des moyens de l'assureur — le fait que le mariage est un état juste et honorable et qu'il ne peut en conséquence servir de motif de discrimination. Pour la plupart des gens dans notre société, le mariage est une bonne chose; pour beaucoup, il est sacré. Il y a une certaine noblesse dans l'engagement exclusif que deux personnes prennent publiquement l'une envers l'autre. Comment peut-on avoir tort de se servir de cet engagement comme condition de la prestation de mesures de protection et d'avantages légaux?

158 These sentiments, valid as they are, do not advance the insurer's case. The argument, simply put, is that marriage is good; the grounds of discrimination evil; therefore marriage cannot be a ground of discrimination. The fallacy in the argument is the assumption that the grounds of discrimination are evil. Discrimination is evil. But the grounds upon which it rests are not. Consider the enumerated grounds — race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age and mental or physical disability. None of these are evil in themselves. Indeed, people rightfully take pride in their race and ethnic origin; they find identity in their colour and their sex. Even mental and physical disabilities should be regarded not as deficiencies, but differences — differences which, while they will make some aspects of life more difficult, do not affect others, and may, moreover, contribute to society's richness and texture. What is evil is not the ground of discrimination, but its inappropriate use to deny equal protection and benefit to people who are members of the marked groups — not on the basis of their true abilities or circumstance, but on the basis of the group to which they belong. The argument that marital status cannot be an analogous

Ces sentiments, si valides soient-ils, n'appuient pas la thèse de l'assureur. En termes simples, son argumentation est la suivante: le mariage est bon; les motifs de discrimination sont mauvais; en conséquence, le mariage ne peut constituer un motif de discrimination. Cet argument a ceci de faux qu'il présuppose que les motifs de discrimination sont mauvais. La discrimination est mauvaise. Cependant, les motifs sur lesquels elle repose ne le sont pas. Examinons les motifs énumérés: la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge et les déficiences mentales ou physiques. Aucun de ces motifs n'est mauvais en soi. En fait, les gens ont pleinement le droit d'être fiers de leur race et de leur origine ethnique; ils trouvent leur identité dans leur couleur et leur sexe. Même les déficiences mentales ou physiques ne devraient pas être considérées comme des incapacités, mais comme des différences — des différences qui ne touchent pas les autres, même si elles rendront plus difficiles certains aspects de la vie; en fait, elles pourraient contribuer à la richesse et à la structure de la société. Le mal ne repose pas sur le motif de discrimination, mais plutôt sur son utilisation non appropriée pour priver des personnes

ground because it is good cannot succeed. The issue is not whether marriage is good, but rather whether it may be used to deny equal treatment to people on grounds which have nothing to do with their true worth or entitlement due to circumstance. L'Heureux-Dubé J. stated in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 634: "It is not anti-family to support protection for non-traditional families." One might equally say it is not anti-marriage to accord equal benefit of the law to non-traditional couples.

Consider this Court's decision in *Andrews*. The quality of citizenship there at issue is universally regarded as a good and valuable thing. Like marriage, it is the formal marker of a relationship — the relationship between the individual and his or her country. At trial, the argument prevailed that citizenship, as the sacred marker of a relationship of commitment and permanence, could not found a claim for discrimination under s. 15(1) of the *Charter*. But this Court took a different view. It held that citizenship could constitute an analogous ground of discrimination. In itself citizenship was good. But it could not be used inappropriately to permit the exclusion of people from activities for which, in terms of personal merit, they were qualified. It was not citizenship which constituted discrimination, but its inappropriate use to bar Mr. Andrews from an activity to which citizenship was only tangentially relevant. Similarly marriage, however sacred, may be inappropriately used to bar individuals not belonging to the married group from the protection or benefit of laws to which the status of legal marriage has little real relevance. This potential for denial of benefit based on stereotypical characteristics attributed (or not attributed) to a group rather than on the basis of the characteristics of the individual makes marriage,

appartenant à certains groupes de la même protection ou du même bénéfice de la loi, non pas pour un motif fondé sur leurs véritables capacités ou circonstances, mais en raison du groupe auquel elles appartiennent. On ne saurait admettre l'argument que l'état matrimonial ne peut constituer un motif analogue parce qu'il est une bonne chose. La question n'est pas de savoir si le mariage est bon, mais bien s'il peut être utilisé pour priver une personne de l'égalité de traitement pour des motifs qui n'ont rien à voir avec les véritables mérites ou droits de cette personne dans les circonstances. Le juge L'Heureux-Dubé affirme dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la p. 634: «Ce n'est pas attaquer la famille que d'appuyer la protection des familles non traditionnelles.» On pourrait également dire ceci: «Ce n'est pas attaquer le mariage que d'accorder le même bénéfice de la loi aux couples non traditionnels.»

Prenons l'arrêt *Andrews* de notre Cour. La qualité de citoyen dont il est question dans cet arrêt est habituellement perçue comme une chose bonne et précieuse. À l'instar du mariage, la citoyenneté est la caractéristique d'une relation — celle entre une personne et son pays. En première instance, le tribunal a statué que la citoyenneté, en tant que caractéristique sacrée d'une relation d'engagement et de permanence, ne pouvait constituer un motif de discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Cependant, notre Cour a exprimé un avis différent. Elle a statué que la citoyenneté pouvait constituer un motif analogue de discrimination. En soi, la citoyenneté est bonne. Cependant, elle ne peut être utilisée d'une mauvaise façon pour exclure des personnes d'activités pour lesquelles elles se qualifient en raison de leur mérite personnel. Ce n'était pas la citoyenneté qui constituait une discrimination, mais le mauvais emploi qu'on en a fait pour exclure M. Andrews d'une activité avec laquelle la citoyenneté n'avait qu'un rapport superficiel. De même, en dépit de son caractère sacré, le mariage peut, à tort, servir à empêcher des personnes n'appartenant pas au groupe des gens mariés de bénéficier de la protection ou du bénéfice de lois ayant peu de rapport avec le statut du mariage légal. Cette possibilité de négation de

like citizenship, an analogous ground. This does not mean that citizenship or marriage cannot be used as the basis of appropriate legislative distinctions. Marriage and citizenship may be used as the basis to exclude people from protections and benefits conferred by law, provided the state can demonstrate under s. 1 that they are truly relevant to the goal and values underlying the legislative provision in question.

bénéfice fondée sur des caractéristiques stéréotypées attribuées (ou non) à un groupe, plutôt que pour un motif fondé sur les caractéristiques de la personne, fait du mariage, à l'instar de la citoyenneté, un motif analogue. Cela ne signifie pas pour autant que la citoyenneté ou le mariage ne peut être utilisé comme motif approprié de distinction dans une loi. Le mariage et la citoyenneté peuvent être utilisés comme motifs pour exclure des personnes de la protection et du bénéfice de la loi, pourvu que l'État puisse, dans le cadre de l'article premier, démontrer que ces motifs sont vraiment pertinents par rapport à l'objet et aux valeurs qui sous-tendent la disposition législative en question.

160 I conclude that marital status may serve as an analogous ground of discrimination under s. 15(1) of the *Charter*.

Je conclus que l'état matrimonial peut constituer un motif analogue de discrimination en vertu du par. 15(1) de la *Charte*.

Conclusion on s. 15

Conclusion relative à l'art. 15

161 The legislation reflected in the insurance policy at issue denies equal benefits to partners in an unmarried relationship solely on the ground of their marital status. This ground is an analogous ground under s. 15(1). This is not one of the exceptional cases where a distinction drawn on the basis of an enumerated or analogous ground does not fall within the anti-discrimination guarantees of the *Charter*. It follows that discrimination under s. 15(1) is established.

La loi à laquelle se conforme la police d'assurance en cause prive du même bénéfice les partenaires en union de fait pour le seul motif de leur état matrimonial. Ce motif est un motif analogue de discrimination au sens du par. 15(1). Il ne s'agit pas ici d'un cas exceptionnel où une distinction fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue n'est pas visée par les garanties contre la discrimination prévues dans la *Charte*. Il s'ensuit que la discrimination au sens du par. 15(1) est établie.

3. Justification under s. 1 of the *Charter*

3. La justification en vertu de l'article premier de la *Charte*

162 A finding of denial of equal benefit or protection of the law on a discriminatory ground under s. 15(1) does not mean that the law is unconstitutional. The Court must go on to examine whether, notwithstanding its discriminatory character, the law or government action in question is "demonstrably justified in a free and democratic society". The complainant bears the burden of showing discrimination under s. 15(1). This established, the burden shifts to the state or the party seeking to uphold the law to justify the discrimination.

Conclure à une négation de la même protection et du même bénéfice de la loi, pour un motif discriminatoire au sens du par. 15(1), ne signifie pas que la loi est inconstitutionnelle. Notre Cour doit examiner si, nonobstant son caractère discriminatoire, la loi ou la mesure gouvernementale est telle que sa «justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Le demandeur a la charge d'établir la discrimination au sens du par. 15(1). Une fois la discrimination établie, il y a ensuite déplacement de la charge et il appartient à l'État ou à la partie qui cherche le maintien de la loi de justifier la discrimination.

Determining whether it has been demonstrated that the impugned distinction is "demonstrably justified in a free and democratic society" involves two inquiries. First, the goal of the legislation is ascertained and examined to see if it is of pressing and substantial importance. Then the court must carry out a proportionality analysis to balance the interests of society with those of individuals and groups. The proportionality analysis comprises three branches. First, the connection between the goal and the discriminatory distinction is examined to ascertain if it is rational. Second, the law must impair the right no more than is reasonably necessary to accomplish the objective. Finally, if these two conditions are met, the court must weigh whether the effect of the discrimination is proportionate to the benefit thereby achieved. See *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Examination of the goal of the legislation is vital in discrimination cases as elsewhere. Sometimes the legislative goal is apparent on the face of the legislation. Other times it may not be. Legislation aimed at effecting a less than worthy goal may be cloaked in the rhetoric of justice and reason. The task of the court in every case is to identify the functional values underlying the law.

The goal or functional value of the legislation here at issue is to sustain families when one of their members is injured in an automobile accident. When an adult partner in a family unit is injured, economic dislocation may not be far behind. If the injured partner is a wage-earner, the family income may be reduced or eliminated. If the injured party works in the home, it may be necessary to hire replacement services. In either case, the result is economic dislocation. This, in turn, can work great hardship on the family and its members. The goal of the legislation is to reduce this economic dislocation and hardship. This is a laudable goal. And given the frequency of injuries from motor vehicle accidents, it assumes an importance which can without exaggeration be described as pressing and substantial.

163
Pour déterminer s'il a été établi que la justification de la distinction attaquée peut «se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique», il faut procéder en deux étapes. Il faut d'abord examiner l'objet de la loi et déterminer s'il est d'une importance urgente et réelle. Le tribunal doit ensuite procéder à une analyse de proportionnalité visant à soulever les intérêts de la société par rapport à ceux des personnes et des groupes. Cette analyse comporte trois volets. Premièrement, on examine s'il existe un lien rationnel entre l'objectif et la distinction discriminatoire. Deuxièmement, il faut s'assurer que la loi n'empiète pas sur le droit plus qu'il est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre l'objectif. Enfin, si ces conditions sont réunies, le tribunal doit déterminer si l'effet de la discrimination est proportionnel à l'avantage réalisé. Voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

164
Il est essentiel d'examiner l'objet de la loi dans les affaires de discrimination comme dans toute autre affaire. L'objet de la loi est parfois apparent à première vue, mais pas toujours. Une loi qui vise un objectif moins que louable peut être enveloppée dans la rhétorique de la justice et de la raison. Dans chaque cas, le tribunal doit déterminer quelles sont les valeurs fonctionnelles sous-jacentes à la loi.

165
L'objet ou la valeur fonctionnelle de la loi en l'espèce est le soutien des familles dont l'un des membres est blessé dans un accident d'automobile. Lorsqu'un partenaire adulte dans une unité familiale est blessé, sa situation économique peut être bouleversée. Si le partenaire blessé est soutien de famille, le revenu familial peut diminuer ou être réduit à zéro. S'il travaille au foyer, il peut être nécessaire d'embaucher quelqu'un pour le remplacer. Dans un cas comme dans l'autre, il s'ensuit un bouleversement économique qui peut entraîner d'importantes difficultés pour la famille et ses membres. L'objectif de la loi est de réduire à la fois ce bouleversement et ces difficultés économiques. C'est là un objectif louable. Compte tenu de la fréquence des blessures subies par suite d'accidents de la route, cet objectif peut sans exagération être considéré comme urgent et réel.

166 The next inquiry is whether a rational connection has been shown to exist between the legislative goal and the discrimination. As we have seen, analogous grounds may be used in ways that are relevant, or rationally connected, to a valid legislative goal. For example, exclusion from a regulated activity on the basis of age or citizenship might be justified if the state can show that age or citizenship is relevant to the ability to perform the activity safely and properly. If the proponent of the law can demonstrate that the ground of denial of a protection or benefit is relevant to the goal of the legislation, the discrimination loses its sting. “[I]f the . . . differences amongst different people are relevant to the goal in question, then this will be a permissible distinction . . .”: *Boronovsky v. Chief Rabbis of Israel, supra*.

167 At this point we meet the problem of how relevant a criterion must be in discrimination cases. This inquiry echoes the “minimal impairment” analysis undertaken in *Oakes, supra*, and discussed in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, and *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123. The marker chosen by the legislator may be only tangentially relevant to the legislative goal, as citizenship was found to be to the determination of ability to practise law in *Andrews*. In such cases, we say it is a poor marker; one which excessively impairs the equality rights. Although it may eliminate some people who may legitimately be excluded, it also excludes many who, given the goal of the legislation, should not be excluded. In contrast, a good marker excludes most people who should be excluded given the goal of the legislation, and only a few who should not. The standard which the legislator must meet is not perfection, but reasonableness. Of necessity laws use group criteria; and of necessity there are sometimes individual members of the group chosen who do not conform to the usual profile of the group and with respect to whom, viewed individually, even a relevant legislative marker may be irrelevant. For example, a law may deny drivers’ permits to per-

Il faut ensuite examiner le lien rationnel entre l’objet de la loi et la discrimination. Comme nous l’avons vu, on peut utiliser les motifs analogues d’une façon qui est pertinente relativement à un objectif législatif valide ou qui a un lien rationnel avec cet objectif. Par exemple, exclure une personne d’une activité réglementée pour un motif fondé sur l’âge ou la citoyenneté pourrait être justifié si l’État peut établir que ces caractéristiques sont pertinentes pour ce qui est de sa capacité de s’acquitter de l’activité d’une façon appropriée et en toute sûreté. Si le défenseur de la loi peut démontrer que le motif de la négation d’une mesure de protection ou d’un avantage est pertinent relativement à l’objectif de la loi, la discrimination perd de sa force. [TRADUCTION] «[S]i les distinctions entre des personnes différentes sont pertinentes relativement à l’objectif en question, il s’agira alors d’une distinction autorisée . . .»: *Boronovsky c. Chief Rabbis of Israel*, précité.

À cette étape, le problème est de déterminer quelle doit être la pertinence d’un critère en matière de discrimination. Cet examen reprend l’analyse de l’«atteinte minimale» entreprise dans l’arrêt *Oakes*, précité, et examinée dans l’arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, et *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123. La caractéristique choisie par le législateur peut n’avoir qu’un rapport superficiel avec l’objectif de la loi, comme a été qualifiée la citoyenneté quant à la détermination de la capacité d’exercer le droit dans l’arrêt *Andrews*. Dans de tels cas, nous affirmons qu’une telle caractéristique est mauvaise, en ce sens qu’elle porte excessivement atteinte aux droits à l’égalité. Bien qu’elle puisse éliminer certaines personnes qui sont légitimement susceptibles de l’être, une telle caractéristique exclut aussi de nombreuses personnes qui, compte tenu de l’objectif de la loi, ne devraient pas l’être. Par contre, une bonne caractéristique exclut la plupart des personnes qui devraient l’être compte tenu de l’objectif de la loi, et seulement quelques-unes qui ne devraient pas l’être. La norme à laquelle doit satisfaire le législateur n’est pas la perfection, mais le caractère raisonnable. Par nécessité, les lois utilisent des critères de groupe et, par nécessité, il y a

sons under the age of sixteen. There may be some people under the age of sixteen who are good drivers. But if the state can show that most people under sixteen would not be competent and responsible drivers, the age of sixteen may be defended as a relevant marker of those who should be permitted to drive. Provided the group marker chosen by the state is relevant to the legislative goal, the existence of minor anomalies due to the variation of individuals within the group will not render the marker violative. On the other hand, if the number of anomalies is so high that it significantly undermines the relevance of the group marker, or if more reasonable markers are available, the law may be invalid because it impairs the right more than reasonably necessary to achieve the legislative goal.

Returning to the case at bar, the question is whether marital status is a reasonably relevant marker of individuals who should receive benefits in the event of injury of a family member in an automobile accident, given the goal of the legislation. The insurer defends the marker of marital status as an indicator of stability which goes to the economic interdependence of the family unit. To maintain this claim, the state (or the insurer that here stands in its stead) must show that stable, and thus economically interdependent, family units typically involve married partners, and conversely, that unmarried partners in stable relationships are but a minor anomaly. Further, given the injustice of any anomalies, one would expect a demonstration that better criteria, producing fewer anomalous cases, are not readily available. In short, it must be demonstrated that the chosen group marker is reasonably relevant to the legislative goal in all the circumstances of the case, having regard to available alternative criteria and the need

parfois des membres du groupe choisi qui ne correspondent pas au profil habituel de ce groupe et pour lesquels, pris individuellement, même une caractéristique législative pertinente pourrait ne pas être pertinente. Par exemple, une loi peut interdire aux personnes de moins de seize ans d'obtenir un permis de conduire. Certaines personnes de moins de seize ans peuvent être de bons conducteurs. Cependant, si l'État peut établir que la plupart des personnes de moins de seize ans ne seraient pas des conducteurs compétents et responsables, cette limite d'âge pourrait être établie comme étant une caractéristique pertinente servant à déterminer qui devrait avoir le droit de conduire. Pourvu que la caractéristique de groupe choisie par l'État soit pertinente relativement à l'objectif de la loi, l'existence d'anomalies mineures à cause des différences entre divers membres du groupe ne rendra pas la caractéristique attentatoire. Par contre, si le nombre d'anomalies est si élevé qu'il contrecarre grandement la pertinence de la caractéristique de groupe, ou si des caractéristiques plus raisonnables existent, la loi ne peut pas être valide parce qu'elle empiète sur le droit plus qu'il est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre l'objectif de la loi.

Pour revenir à l'affaire qui nous occupe, la question est de savoir si l'état matrimonial est une caractéristique raisonnablement pertinente permettant de déterminer qui devrait avoir droit aux indemnités dans le cas où un membre de la famille est blessé dans un accident d'automobile, compte tenu de l'objectif de la loi. L'assureur défend la caractéristique de l'état matrimonial en tant qu'indicateur de stabilité qui touche l'interdépendance économique de l'unité familiale. Pour faire valoir son point de vue, l'État (ou en l'espèce l'assureur qui agit à sa place) doit établir que des unités familiales stables, et donc économiquement interdépendantes, se composent habituellement de partenaires mariés et, inversement, que des partenaires non mariés en union stable ne constituent qu'une anomalie mineure. Par ailleurs, compte tenu de l'injustice à laquelle donne lieu toute anomalie, on devrait s'attendre à ce que soit démontrée l'inexistence de meilleurs critères qui donneraient lieu à moins d'anomalies. Bref, il faut établir que la

to minimize prejudice to anomalous cases within the group.

caractéristique de groupe choisie est raisonnablement pertinente au regard de l'objectif législatif dans toutes les circonstances de l'affaire, compte tenu des autres critères existants et de la nécessité de réduire au minimum le préjudice causé aux cas d'anomalies au sein du groupe.

169

This the insurer and the state have not done. The record suggests that the legislators recognized that marital status was at best a problematic indicator of who should receive accident benefits upon injury in a motor vehicle accident. The debate centred on marital equivalence. To quote the *amicus curiae*, "[the legislators'] search was directed towards defining a 'marriage-like' conjugal relationship, usually in terms of mutual commitment and permanence — a "near" marriage — instead of trying to define the underlying functional values, e.g. financial interdependence, relevant to the legislative subject matter of the *Insurance Act*". Having misconstrued the issue as one of marriage equivalence, the Legislature found itself unable to agree. But this provides no justification for failing, from 1980 to 1987, to deal directly with the problem of which family units were so financially interdependent and stable as to warrant provision of the benefits in question.

Ni l'assureur ni l'État ne l'ont fait. Selon le dossier, les législateurs ont reconnu que l'état matrimonial constituait au mieux un indice problématique quant à savoir qui devrait bénéficier des indemnités d'assurance-accidents lorsqu'une personne est blessée dans un accident de la route. Le débat a été axé sur l'équivalence du mariage. Pour reprendre les paroles de l'*amicus curiae*, la [TRADUCTION] «démarche [des législateurs] visait à définir une union matrimoniale «assimilable au mariage», habituellement en fonction de l'engagement mutuel et de la permanence — un «presque» mariage — plutôt que de tenter de définir les valeurs fonctionnelles sous-jacentes, p. ex. l'interdépendance financière, qui sont pertinentes relativement à l'objectif législatif de la *Loi sur les assurances*». Ayant considéré à tort qu'il s'agissait d'une question d'équivalence du mariage, la législature n'a pas trouvé de base d'entente. Mais cela ne la justifie pas de ne pas avoir abordé directement, de 1980 à 1987, le problème consistant à déterminer les unités familiales qui étaient financièrement interdépendantes et stables au point que le versement des indemnités en cause soit justifié.

170

If the issue had been viewed as a matter of defining who should receive benefits on a basis that is relevant to the goal or functional values underlying the legislation, rather than marriage equivalence, alternatives substantially less invasive of *Charter* rights might have been found. For example, the Legislature was able to agree in 1980 on a formula to extend death benefits to a certain class of unmarried persons. And in 1981, in the *Ontario Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, s. 9(j)*, the Legislature agreed on a definition of "spouse" as the person to whom a person of the opposite sex is married or with whom the person is living in a conjugal relationship outside marriage. A modified version of the *Human Rights Code* definition requires marriage or cohabitation for at

Si l'on avait considéré qu'il s'agissait de déterminer quels devraient être les bénéficiaires des indemnités en fonction d'un critère pertinent relativement à l'objectif ou aux valeurs fonctionnelles sous-jacentes à la loi, plutôt que d'examiner la question du point de vue de l'équivalence du mariage, on aurait pu recourir à des solutions de rechange qui portaient beaucoup moins atteintes aux droits garantis par la *Charte*. Par exemple, la législature a pu convenir dans la loi de 1980 d'une formule permettant d'étendre les indemnités en cas de décès à une certaine catégorie de personnes non mariées. De même, en 1981, la législature a convenu d'une définition du terme «conjoint» dans le *Code des droits de la personne (1981)* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, al. 9j), comme étant la per-

least one year or having a child together, or entering into a cohabitation agreement under s. 53 of the *Family Law Act*. This modified definition is used in 21 Ontario statutes.

It thus emerges that in fixing on marital status as the criterion of eligibility for family accident benefits, the Legislature chose a criterion that was at best only collaterally related to its legislative goal; a criterion, moreover, that had the effect of depriving a substantial number of deserving candidates of receipt of benefits. Better tests were available. In short, the Legislature did not choose a reasonably relevant marker.

It is suggested that the Legislature's choice of an inappropriate marker for family accident benefits can be defended on the ground that the legislation was passed in a period of rapidly changing family norms. Legislatures, it is argued, should not be held to standards of social perfection. As La Forest J. wrote in *McKinney v. University of Guelph*, *supra*, at p. 317:

... a Legislature should not be obliged to deal with all aspects of a problem at once. It must surely be permitted to take incremental measures. It must be given reasonable leeway to deal with problems one step at a time

I agree with these sentiments; however the need for legislative leeway is of little assistance in the case at bar. Marital status was not a reasonable criterion even in 1980, and the alternatives adopted in the years that followed belie the suggestion that the failure to adopt a more relevant criterion in the years between 1980 and 1987 can be attributed to the time required for legislative response.

sonne à qui une personne de sexe opposé est mariée ou avec qui elle vit dans une union conjugale hors du mariage. Une version modifiée de la définition du *Code des droits de la personne* exige que le couple soit marié ou ait cohabité pendant au moins un an ou qu'il ait un enfant, ou encore qu'il ait conclu un accord de cohabitation en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur le droit de la famille*. Cette définition modifiée est utilisée dans 21 lois de l'Ontario.

Il s'ensuit que la législature, en établissant l'état matrimonial comme critère du droit aux indemnités familiales d'assurance-accidents, a choisi un critère qui, au mieux, avait un rapport indirect avec son objectif législatif et qui avait aussi pour effet de priver des indemnités un nombre substantiel de personnes qui en méritent. Il existait de meilleurs critères. Bref, la législature n'a pas choisi une caractéristique raisonnablement pertinente.

On a soutenu que l'on peut défendre le choix d'une caractéristique non appropriée par la législature relativement aux indemnités familiales d'assurance-accidents en se fondant sur le motif que la loi a été adoptée au cours d'une période de changement rapide dans les normes de la famille. La législature ne devrait pas, allègue-t-on, être tenue d'atteindre la perfection en matière sociale. Dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, précité, le juge La Forest a dit, à la p. 317:

... un législateur ne peut être tenu de traiter tous les aspects d'un problème à la fois. Il doit certainement pouvoir adopter des mesures progressives. Il doit avoir une marge de manœuvre raisonnable pour traiter des problèmes étape par étape

Je partage ces sentiments; toutefois, la nécessité d'accorder au législateur une marge de manœuvre présente peu d'utilité en l'espèce. L'état matrimonial n'était pas un critère raisonnable même en 1980, et les mesures de rechange adoptées dans les années qui ont suivi viennent contredire l'idée que l'omission d'adopter un critère plus pertinent entre 1980 et 1987 puisse s'expliquer par le temps nécessaire pour que les lois s'adaptent aux changements.

171

172

173

174 It remains to consider whether the Legislature's choice of the inappropriate criterion of marital status to distinguish between those who receive benefits and those who do not can be justified on the ground that the resultant discrimination is proportionate to the legislative goal. Having determined that marital status is not a reasonable indicator of those who should obtain accident benefits — that, to use the language of *Oakes*, the rational connection between the discrimination and the goal of the legislation is deficient and the law impairs the right more than reasonably necessary to achieve the legislative goal — it is unnecessary to move to the final step to consider whether the effect of the infringement is “proportionate” to the benefit to be derived from using the discriminatory marker.

175 I conclude that the state has failed to demonstrate that the exclusion of unmarried members of family units from motor vehicle accident benefits is demonstrably justified in a free and democratic society. It follows that the *Charter* violation is established.

C. Remedy

176 Having found that the impugned statutory provisions of the *Insurance Act* violate the *Charter*, the Court is left with the choice between “reading in” appropriate amendments into the provisions, or leaving them as they are with the result that they fall as invalid under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. In the latter case, the Court may consider a declaration of suspension of the invalidity for a period of time sufficient to allow the Legislature to remedy the violation.

177 The remedy of “reading in” is available if the question of how far the benefit should be extended can be answered with “sufficient precision” to justify the Court in doing so, so as to bring the case within the guidelines laid out in *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, and *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679. An affirmative answer in this case is

Il reste à examiner si le choix par la législature du critère non approprié de l'état matrimonial pour l'établissement du droit aux indemnités peut être justifié pour le motif que la discrimination qui s'ensuit est proportionnelle à l'objectif législatif. Puisque j'ai établi que l'état matrimonial ne constitue pas une caractéristique raisonnable permettant de déterminer les personnes qui devraient bénéficier des indemnités d'assurance-accidents — qu'il n'existe pas, pour employer les termes de l'arrêt *Oakes*, de lien rationnel entre la discrimination et l'objectif de la loi et que la loi porte atteinte au droit plus qu'il est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre l'objectif législatif —, il est inutile de passer à la dernière étape qui consisterait à examiner si l'effet de la violation est «proportionnel» à l'avantage qui découlerait de l'utilisation de la caractéristique discriminatoire.

Je conclus que le ministère public n'a pas réussi à démontrer qu'exclure les partenaires non mariés membres d'unités familiales du droit aux indemnités d'assurance-accidents peut se justifier dans une société libre et démocratique. Il s'ensuit que la violation de la *Charte* est établie.

C. La réparation

Comme notre Cour a conclu que les dispositions contestées de la *Loi sur les assurances* violent la *Charte*, il lui faut soit, par une «interprétation large», faire comme si des modifications appropriées leur avaient été apportées, soit les laisser telles quelles, ce qui entraînera leur invalidation en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans ce dernier cas, la Cour peut examiner la possibilité d'une déclaration de suspension de l'invalidité pendant une période suffisante pour permettre à la législature de remédier à la violation.

La Cour peut recourir à la solution de l'«interprétation large» s'il est possible de déterminer avec «suffisamment de précision» dans quelle mesure l'indemnité devrait être étendue pour que cela soit justifié, de façon à demeurer à l'intérieur des lignes directrices établies dans les arrêts *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, et *Schachter c.*

suggested by the fact that in 1990 the Ontario Legislature amended the eligibility criteria in a way which would include the appellants, thus giving an indication of what it would do if the matter were remitted to it anew. While this does not meet concerns that the social and legislative picture may have changed further in the years since 1990, or resolve the problem for the other Ontario statutes containing similar provisions, it does offer reasonably conclusive evidence of how the Legislature would have remedied the 1980 legislation had it been required to do so when the appellants' claim arose.

The alternative remedy entails a declaration of invalidity of the 1980 legislation. It also entails consideration of a temporary suspension of that declaration for a period of time during which the Legislature might be expected to amend the 1980 *Insurance Act*, in order to avoid the revocation of benefits payable under that Act. If this were done, it would still leave the appellants and others in their situation without a remedy.

It is suggested that the Court could fashion a remedy for the appellants under s. 24(1) of the *Charter*, which provides that "[a]nyone whose rights or freedoms . . . have been infringed or denied may apply to a court . . . to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances". In *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 577, this Court (*per* Lamer C.J., dissenting on other grounds) suggested that an order of suspension of invalidity might be coupled with individual relief in the form of a "constitutional exemption" to the applicant who has suffered the *Charter* violation and has initiated court proceedings to obtain *Charter* relief. Three other dissenting judges agreed. Assuming the Court were inclined to grant the appellants an exemption from the 1980 legislation and insurance policy provisions, the question remains of how it could do so without creating further inequities between the

Canada, [1992] 2 R.C.S. 679. Une réponse affirmative semble s'imposer en l'espèce du fait qu'en 1990 la législature de l'Ontario a modifié les critères d'admissibilité d'une manière telle qu'ils incluraient les appelants, donnant ainsi une indication de ce qu'il ferait si la question lui était soumise à nouveau. Si cette possibilité ne répond pas aux préoccupations voulant que la situation sociale et législative ait changé encore plus depuis 1990, ni ne résout le problème des autres lois de l'Ontario qui comportent des dispositions semblables, elle n'en offre pas moins une preuve raisonnablement déterminante de la façon dont la législature aurait pu remédier à la loi de 1980 si on lui avait enjoint de le faire au moment de la naissance du droit d'action des appelants.

L'autre réparation suppose une déclaration d'invalidité des dispositions législatives de 1980. Elle entraîne aussi une décision sur l'opportunité de suspendre temporairement l'effet de cette déclaration de façon à permettre à la législature de modifier la *Loi sur les assurances* de 1980 afin d'éviter la révocation des indemnités payables sous le régime de cette loi. Dans une telle hypothèse, les appelants et les autres personnes dans la même situation qu'eux n'obtiendraient aucune réparation.

On a proposé que la Cour pourrait élaborer une réparation à l'intention des appelants sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*, qui prévoit que «[t]oute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés [. . .] peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances». Dans l'arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 577, notre Cour (le juge en chef Lamer, dissident sur d'autres points) a affirmé qu'une ordonnance de suspension d'une déclaration d'invalidité pouvait s'accompagner d'une réparation individuelle sous la forme d'une «exemption constitutionnelle» à l'intention du requérant victime d'une violation de la *Charte* qui a engagé des poursuites afin d'obtenir réparation sous le régime de la *Charte*. Trois autres juges dissidents ont souscrit à cette proposition. En supposant que la Cour veuille accorder aux appelants

178

179

appellants and others in their situation who have been denied benefits. To avoid this, any constitutional exemption would have to be extended to all similar families. This in turn would require formulation of general criteria of eligibility, thus involving the court in the very activity which would have led it to eschew “reading up” the 1980 statute in conformity with the terms legislated in 1990. Yet to deny such persons a remedy would be to perpetuate the effects of a discrimination which the Court has found to violate the *Charter* when the obvious remedy — the payment of the benefits that should have been paid — remains available.

une exemption des dispositions législatives de 1980 et des stipulations de la police d’assurance, il reste à trouver la façon de le faire sans créer de nouvelles inégalités entre les appelants et d’autres personnes dans une situation semblable qui se sont vu refuser de telles indemnités. Pour éviter cela, il faudrait que toute exemption constitutionnelle s’étende à toutes les familles semblables. Cela obligerait la Cour à procéder à la formulation de critères généraux d’admissibilité et à s’engager ainsi dans l’activité même qui l’aurait dissuadée de donner une «interprétation large» à la loi de 1980 en fonction des termes adoptés par le législateur en 1990. Par ailleurs, refuser une réparation à ces personnes équivaldrait à perpétuer les effets d’une discrimination qui, de l’avis de la Cour, viole la *Charte*, alors que la réparation qui s’impose — le paiement des indemnités qui auraient dû être versées — demeure ouverte.

180 Having considered the available remedies, I am persuaded that this is one of those exceptional cases where retroactively “reading up” a statute may be justified. The 1990 amendments provide the best possible evidence of what the Legislature would have done had it been forced to face the problem the appellants raise. The only claims are monetary and readily calculable and satisfied. Most importantly, the result will be to cure an injustice which might otherwise go unremedied.

Après avoir examiné les réparations possibles, je suis persuadée qu’il s’agit en l’espèce de l’un de ces cas exceptionnels où une «interprétation large» rétroactive peut être justifiée. Les modifications de 1990 fournissent la meilleure preuve possible de ce que la législature aurait fait s’il lui avait fallu régler le problème soulevé par les appelants. Les seules réclamations en jeu sont d’ordre pécuniaire et elles peuvent facilement être calculées et réglées. Fait plus important encore, ce résultat aura pour effet de corriger une injustice qui autrement aurait pu demeurer inchangée.

181 In this case, the benefit payments are actually made available pursuant to the insurance contract between Ms. Valliere and Economical Mutual. Because the provisions in the insurance policy were mandated by the *Insurance Act*, the effect of reading up the Act is to import the 1990 definition of spouse into the Standard Automobile Insurance Policy.

En l’espèce, le paiement des indemnités est prévu dans le contrat d’assurance conclu entre M^{me} Valliere et Economical. Puisque les stipulations de la police d’assurance étaient formulées sous le régime de la *Loi sur les assurances*, en donnant une interprétation large à la loi, on se trouve à insérer dans la police d’assurance automobile type la définition de conjoint donnée dans la loi de 1990.

Disposition

Dispositif

182 The appeal is allowed with costs on a party and party basis. The insurer’s application to strike out the appellants’ action is dismissed. The action is remitted for trial to determine whether Mr. Miron

Le pourvoi est accueilli avec dépens comme entre parties. La requête de l’assureur visant la radiation de la demande des appelants est rejetée. L’action est renvoyée en première instance pour

and Ms. Valliere meet the requirements of the 1990 legislation.

Appeal allowed with costs, LAMER C.J. and LA FOREST, GONTHIER and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Nelligan Power, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Cooligan Ryan, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Kathleen McNicoll and Madeleine Aubé, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: McCarthy Tétrault, Toronto.

que soit tranchée la question de savoir si M. Miron et M^{me} Valliere satisfont aux exigences établies dans les dispositions législatives de 1990.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge en chef LAMER et les juges LA FOREST, GONTHIER et MAJOR sont dissidents.

Procureurs des appelants: Nelligan Power, Ottawa.

Procureurs des intimés: Cooligan Ryan, Ottawa.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Kathleen McNicoll et Madeleine Aubé, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureurs désignés amicus curiae par la Cour: McCarthy Tétrault, Toronto.



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

En case 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, 1995 Vol. 2

4^e cahier, 1995 Vol. 2

Cited as [1995] 2 S.C.R. 513-736

Renvoi [1995] 2 R.C.S. 513-736

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
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1995.

CONTENTS

Egan v. Canada 513

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Old age security legislation providing for allowance for spouse of pensioner — Definition of "spouse" restricted to person of opposite sex — Whether definition of "spouse" infringes s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9, ss. 2, 19(1).

Thibault v. Canada 627

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Alimony — Income tax — Divorced wife refusing to include in computing income amounts received from ex-husband as alimony for maintenance of children — Whether tax provision requiring her to include amounts in income infringes s. 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether

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

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1995.

SOMMAIRE

Egan c. Canada 513

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Loi sur la sécurité de la vieillesse prévoyant le versement d'une allocation au conjoint du pensionné — Définition de «conjoint» restreinte aux personnes de sexe opposé — La définition de «conjoint» viole-t-elle l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée au regard de l'article premier de la Charte? — Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 2, 19(1).

Thibault c. Canada 627

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Pension alimentaire — Impôt sur le revenu — Épouse divorcée refusant d'inclure dans le calcul de son revenu les sommes reçues de son ex-époux à titre de pension alimentaire

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

provision can be justified under s. 1 of Charter — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 56(1)(b).

SOMMAIRE (Fin)

pour subvenir aux besoins des enfants — La disposition en matière fiscale qui l'oblige à inclure ces sommes dans son revenu porte-t-elle atteinte à l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette disposition est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(1)(b).

**James Egan and John Norris
Nesbit** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of
Canada** *Respondent*

and

**The Attorney General of Quebec, the
Canadian Human Rights Commission, the
Commission des droits de la personne du
Québec, Equality for Gays and Lesbians
Everywhere, Metropolitan Community
Church of Toronto, Inter-Faith Coalition on
Marriage and the Family and the Canadian
Labour Congress** *Interveners*

INDEXED AS: EGAN v. CANADA

File No.: 23636.

1994: November 1; 1995: May 25.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality
rights — Old age security legislation providing for
allowance for spouse of pensioner — Definition of
“spouse” restricted to person of opposite sex —
Whether definition of “spouse” infringes s. 15(1) of
Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so,
whether infringement justifiable under s. 1 of Charter —
Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9, ss. 2, 19(1).*

The appellants are homosexuals who have lived together since 1948 in a relationship marked by commitment and interdependence similar to that which one expects to find in a marriage. When E became 65 in 1986, he began to receive old age security and guaranteed income supplements under the *Old Age Security Act*. On reaching age 60, N applied for a spousal allowance under s. 19(1) of the Act, which is available to

**James Egan et John Norris
Nesbit** *Appelants*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du
Canada** *Intimée*

et

**Le procureur général du Québec, la
Commission canadienne des droits de la
personne, la Commission des droits de la
personne du Québec, Égalité pour les gais
et les lesbiennes, la Metropolitan
Community Church of Toronto, l'Inter-
Faith Coalition on Marriage and the Family
et le Congrès du travail du Canada**
Intervenants

RÉPERTORIÉ: EGAN c. CANADA

N° du greffe: 23636.

1994: 1^{er} novembre; 1995: 25 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à
l'égalité — Loi sur la sécurité de la vieillesse prévoyant
le versement d'une allocation au conjoint du pensionné
— Définition de «conjoint» restreinte aux personnes de
sexe opposé — La définition de «conjoint» viole-t-elle
l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et
libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle
justifiée au regard de l'article premier de la Charte? —
Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch.
O-9, art. 2, 19(1).*

Les appelants sont des homosexuels qui vivent depuis 1948 une union marquée par un engagement et une interdépendance qui s'apparentent à ceux qu'on attend d'un mariage. Lorsqu'en 1986 E a atteint l'âge de 65 ans, il a commencé à recevoir des prestations de sécurité de la vieillesse et un supplément de revenu garanti en application de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. À 60 ans, N a demandé l'allocation de conjoint en vertu du

spouses between the ages of 60 and 65 whose combined income falls below a fixed level. His application was rejected on the basis that the relationship between N and E did not fall within the definition of "spouse" in s. 2, which includes "a person of the opposite sex who is living with that person, having lived with that person for at least one year, if the two persons have publicly represented themselves as husband and wife". The appellants brought an action in the Federal Court seeking a declaration that the definition contravenes s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it discriminates on the basis of sexual orientation and a declaration that the definition should be extended to include "partners in same-sex relationships otherwise akin to a conjugal relationship". The Trial Division dismissed the action. The Federal Court of Appeal, in a majority decision, upheld the judgment.

Held (L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. The definition of "spouse" in s. 2 of the *Old Age Security Act* is constitutional.

Per Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Major JJ.: The analysis under s. 15 of the *Charter* involves three steps: the first looks to whether the law has drawn a distinction between the claimant and others; the second questions whether the distinction results in disadvantage, and examines whether the impugned legislation imposes a burden, obligation or disadvantage on a group of persons to which the claimant belongs which is not imposed on others, or does not provide them with a benefit which it grants others; the third step assesses whether the distinction is based on an irrelevant personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or one analogous thereto. The first step is satisfied in this case, since Parliament has clearly made a distinction between the claimant and others. The second step is also satisfied: while it may be true that the appellants have suffered no prejudice because by being treated as individuals they have received considerably more in combined federal and provincial benefits than they would have received had they been treated as "spouses", there is nothing to show that this is generally the case with homosexual couples. Sexual orientation is a deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable personal costs, and so falls within the ambit of s. 15 protection as being analogous to the enumerated grounds. All that remains to be considered under the third step is whether the distinction made by Parliament is relevant. In assessing relevancy

par. 19(1) de la Loi, à laquelle est admissible le conjoint qui a entre 60 et 65 ans, lorsque le revenu du couple est inférieur à un montant déterminé. Sa demande a été rejetée pour le motif que l'union entre N et E n'était pas visée par la définition de «conjoint» à l'art. 2, qui s'entend de «la personne de sexe opposé qui vit avec une autre personne depuis au moins un an, pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme». Les appelants ont intenté une action en Cour fédérale en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que la définition contrevient au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'elle établit une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Ils ont également demandé un jugement déclarant que la définition doit être élargie pour inclure les «partenaires engagés dans une union de personnes de même sexe mais ayant à tous autres égards les mêmes caractéristiques qu'une union conjugale». La Section de première instance a débouté les appelants. La Cour d'appel fédérale à la majorité a maintenu le jugement.

Arrêt (Les juges L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. La définition de «conjoint» à l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* est constitutionnelle.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et Major: L'analyse effectuée dans le cadre de l'art. 15 de la *Charte* implique trois étapes: premièrement, il faut déterminer si la loi établit une distinction entre le demandeur et d'autres personnes. Deuxièmement, il faut se demander si la distinction donne lieu à un désavantage et examiner si le texte législatif attaqué impose à un groupe de personnes auquel appartient le demandeur fardeaux, obligations ou désavantages non imposés à d'autres, ou le prive d'un bénéfice qu'il accorde à d'autres. Troisièmement, il faut déterminer si la distinction est fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente mentionnée au par. 15(1) ou sur une caractéristique analogue. La présente affaire franchit avec succès la première étape puisque le législateur a clairement établi une distinction entre le demandeur et les autres personnes. Il est également satisfait à la deuxième étape: s'il est vrai que les appelants n'ont été victimes d'aucun préjudice puisqu'en étant traités à titre individuel, ils ont reçu du fédéral et de la province des bénéfices combinés beaucoup plus élevés que ceux qu'ils auraient reçus s'ils avaient été considérés comme des «conjoints», rien ne prouve que ce soit généralement le cas pour les couples homosexuels. L'orientation sexuelle est une caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n'être modifiée qu'à un prix personnel inacceptable et qui, partant, entre dans le champ de protection de l'art. 15 parce

for this purpose one must look at the nature of the personal characteristic and its relevancy to the functional values underlying the law. A form of comparative analysis must be undertaken to determine whether particular facts give rise to inequality. This comparative analysis must be linked to an examination of the larger context, and in particular with an understanding that the *Charter* was not enacted in a vacuum, but must be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts.

The singling out of legally married and common law couples as the recipients of benefits necessarily excludes all sorts of other couples living together, whatever reasons these other couples may have for doing so and whatever their sexual orientation. What Parliament clearly had in mind was to accord support to married couples who were aged and elderly, for the advancement of public policy central to society. Moreover, in recognition of changing social realities, s. 2 was amended so that whenever the term "spouse" was used in the Act it was to be construed to extend beyond legal married couples to couples in a common law marriage. Marriage has from time immemorial been firmly grounded in our legal tradition, one that is itself a reflection of long-standing philosophical and religious traditions. But its ultimate *raison d'être* transcends all of these and is firmly anchored in the biological and social realities that heterosexual couples have the unique ability to procreate, that most children are the product of these relationships, and that they are generally cared for and nurtured by those who live in that relationship. In this sense, marriage is by nature heterosexual. It would be possible to legally define marriage to include homosexual couples, but this would not change the biological and social realities that underlie the traditional marriage.

Many of the underlying concerns that justify Parliament's support and protection of legal marriage extend to heterosexual couples who are not legally married. Many of these couples live together indefinitely, bring forth children and care for them in response to familial instincts rooted in the human psyche. These couples have need for support just as legally married couples do in performing this critical task, which is of benefit to all society. Faced with the social reality that increasing numbers choose not to enter a legal marriage but live together in a common law relationship, Parliament has

qu'elle est analogue aux motifs énumérés. Tout ce qui reste à déterminer à la troisième étape est la pertinence de la distinction établie par le législateur. Dans l'examen de la pertinence à cette fin, il faut considérer la nature de la caractéristique personnelle et sa pertinence quant aux valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi. On doit nécessairement procéder à une forme d'analyse comparative pour déterminer si les faits donnés engendrent une inégalité. Cette analyse comparative doit se rattacher à l'examen de l'ensemble du contexte et il faut surtout savoir que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte, mais doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés.

Le fait de restreindre des bénéficiaires aux couples mariés et aux conjoints de fait exclut nécessairement toute autre forme de couple qui cohabite, quelles que soient leurs raisons et peu importe leur orientation sexuelle. Ce que le législateur désirait manifestement, c'était consentir un soutien aux couples mariés qui sont âgés afin de promouvoir une politique d'intérêt public primordiale pour la société. En outre, en reconnaissance de l'évolution des réalités sociales, le législateur a modifié l'art. 2 de façon à ce que, dans la Loi, le terme «conjoint» soit interprété comme visant non seulement les couples mariés, mais également les couples vivant en union de fait. Le mariage est depuis des temps immémoriaux fermement enraciné dans notre tradition juridique, qui elle-même est le reflet de traditions philosophiques et religieuses anciennes. Mais la véritable raison d'être du mariage les transcende toutes et repose fermement sur la réalité biologique et sociale qui fait que seuls les couples hétérosexuels ont la capacité de procréer, que la plupart des enfants sont le fruit de ces unions et que ce sont ceux qui entretiennent ce genre d'union qui prennent généralement soin des enfants et qui les élèvent. Dans ce sens, le mariage est, de par sa nature, hétérosexuel. On pourrait le définir sur le plan juridique de façon à y inclure les couples homosexuels, mais cela ne changerait pas les réalités biologiques et sociales qui sous-tendent le mariage traditionnel.

Nombre des raisons qui sous-tendent l'appui et la protection qu'apporte le législateur au mariage se rapportent également aux couples hétérosexuels qui ne sont pas mariés. Un grand nombre de ces couples vivent ensemble indéfiniment, élèvent des enfants et en prennent soin suivant des instincts familiaux qui prennent racine dans la psyché humaine. Dans l'exercice de cette tâche critique, dont bénéficie l'ensemble de la société, ces couples ont besoin de soutien tout autant que les couples mariés. Face à la réalité sociale du nombre croissant de personnes qui décident de ne pas se marier,

electd to support these relationships. Parliament is wholly justified in extending support to heterosexual couples like this, which is not to say, however, that it is obligated to do so and may not treat married and unmarried couples differently.

Neither in its purpose nor in its effect does the legislation constitute an infringement of the fundamental values sought to be protected by the *Charter*. None of the couples excluded from benefits under the Act are capable of meeting the fundamental social objectives thereby sought to be promoted by Parliament. While these couples undoubtedly provide mutual support for one another, and may occasionally adopt or bring up children, this is exceptional and in no way affects the general picture. Homosexual couples differ from other excluded couples in that their relationships include a sexual aspect, but this sexual aspect has nothing to do with the social objectives for which Parliament affords a measure of support to married couples and those who live in a common law relationship. The distinction adopted by Parliament is relevant here to describe a fundamental social unit to which some measure of support is given.

The impugned legislation, even had it infringed s. 15, would have been upheld for the reasons given in *McKinney v. University of Guelph* and for those mentioned in the discussion of discrimination in this case.

Per Sopinka J.: The impugned legislation infringes s. 15(1) of the *Charter*, for the reasons given by Cory J. Such infringement, however, is saved under s. 1. Government must be accorded some flexibility in extending social benefits and does not have to be pro-active in recognizing new social relationships. It is not realistic for the Court to assume that there are unlimited funds to address the needs of all. A judicial approach on this basis would tend to make a government reluctant to create any new social benefit schemes because their limits would depend on an accurate prediction of the outcome of court proceedings under s. 15(1). This Court has recognized that it is legitimate for the government to make choices between disadvantaged groups and that it must be provided with some leeway to do so. When the definition of "spouse" in the *Old Age Security Act* is measured against overall objectives of alleviation of poverty of elderly spouses, it should not be judged on the basis that Parliament has made this choice for all time. The history of the legislation shows an evolving expansion of the definition of the intended recipients of the benefits. The Attorney General of Canada has taken the posi-

mais de vivre ensemble en union de fait, le législateur a choisi d'aider ces personnes. Le législateur est parfaitement justifié d'étendre ainsi son aide aux couples hétérosexuels, ce qui ne signifie pas pour autant qu'il est tenu de le faire et qu'il ne peut traiter les couples mariés et les couples non mariés différemment.

Ni dans son objectif, ni dans son effet, la loi ne constitue-t-elle une violation des valeurs fondamentales que la *Charte* tente de protéger. Aucun des couples exclus des bénéfices prévus dans la Loi ne peut satisfaire aux objectifs sociaux fondamentaux que le législateur cherche ainsi à promouvoir. Les personnes qui forment ces couples s'apportent sans contredit un soutien mutuel et, à l'occasion, elles peuvent adopter ou élever des enfants, mais cela demeure exceptionnel et ne change d'aucune façon le portrait d'ensemble. Les couples homosexuels sont différents des autres couples exclus en ce que leur relation comporte un aspect sexuel. Cet aspect n'a toutefois rien à voir avec les objectifs sociaux pour lesquels le législateur offre une mesure de soutien aux couples mariés et à ceux qui vivent en union de fait. La distinction établie par le législateur permet ici de décrire une unité sociale fondamentale qui jouit d'un certain soutien.

Si la disposition contestée avait violé l'art. 15, elle aurait été maintenue pour les considérations énoncées dans *McKinney c. Université de Guelph*, de même que pour celles dont il est fait état dans l'analyse de la discrimination en l'espèce.

Le juge Sopinka: La disposition législative contestée viole le par. 15(1) de la *Charte* pour les motifs exposés par le juge Cory. Cette violation est toutefois justifiée au regard de l'article premier. Le gouvernement doit pouvoir disposer d'une certaine souplesse dans la prestation des avantages sociaux et il n'est pas tenu d'adopter une attitude proactive pour ce qui est de la reconnaissance des nouvelles formes de relations dans la société. La Cour ferait preuve d'un manque de réalisme si elle présumait qu'il existe des ressources inépuisables pour répondre aux besoins de chacun. Si les tribunaux adoptaient une telle conception, les gouvernements pourraient hésiter à mettre sur pied de nouveaux régimes d'avantages sociaux puisqu'il faudrait, pour en connaître les paramètres, prévoir avec exactitude l'issue des procédures judiciaires instituées sous le régime du par. 15(1). La Cour a reconnu le droit du gouvernement de privilégier certains groupes désavantagés et de jouir d'une certaine marge de manœuvre à cet égard. Lorsqu'on évalue la définition de «conjoint» de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* en regard de l'objectif général d'atténuation de la pauvreté chez les conjoints âgés, on

tion that the means chosen does not have to be necessarily the solution for all time. Hence, since the impugned legislation can be regarded as a substantial step in an incremental approach to include all those who are shown to be in serious need of financial assistance due to the retirement or death of a supporting spouse, it is rationally connected to the objective. With respect to minimal impairment, the legislation represents the kind of socio-economic question in respect of which the government is required to mediate between competing groups rather than being the protagonist of an individual. In these circumstances, the Court will be more reluctant to second-guess the choice which Parliament has made. There is also proportionality between the effects of the legislation on the protected right and the legislative objective. The proper balance was struck by Parliament in providing financial assistance to those who were shown to be in the greatest need of assistance.

Per Cory and Iacobucci JJ. (dissenting): In determining whether a s. 15(1) right to equality has been violated, the first step is to determine whether, owing to a distinction created by the questioned law, a claimant's right to equality has been denied. During this first step, the inquiry should focus upon whether the challenged law has drawn a distinction between the claimant and others, based on personal characteristics. The second step is to determine whether the distinction created by the law results in discrimination. In order to make this determination, it is necessary to consider first, whether the equality right was denied on the basis of a personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or which is analogous to those enumerated, and second, whether that distinction has the effect on the claimant of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to benefits or advantages which are available to others. Any search for either equality or discrimination requires comparisons to be made between groups of people. Whether or not discrimination exists must be assessed in a larger social, political and legal context. The resolution of the question as to whether there is discrimination under s. 15(1) must be kept distinct from the determination as to whether or not there is justification for that discrimination under s. 1 of the *Charter*. This analytical separation between s. 15(1) and s. 1 is important since the *Charter* claimant must satisfy the onus of showing only that there exists in the legislation a distinction which is discriminatory. Only after the court

ne doit pas tenir pour inaltérable le choix du législateur. L'histoire de la loi témoigne d'une constante évolution de la définition des personnes destinées à bénéficier de l'allocation. Le procureur général du Canada a fait valoir que les mesures choisies ne doivent pas nécessairement constituer une solution immuable. Par conséquent, puisque la disposition législative attaquée marque une étape importante vers l'intégration progressive de tous ceux qui sont jugés avoir un besoin impérieux d'aide financière, découlant de la retraite ou du décès du conjoint soutien de la famille, elle a un lien rationnel avec l'objectif. Quant à l'atteinte minimale, la disposition en question soulève le genre de question socio-économique relativement à laquelle le gouvernement doit faire office de médiateur entre groupes opposés plutôt que de défenseur d'un individu. Dans ces circonstances, la Cour sera d'autant plus réticente à se prononcer après coup sur le choix du législateur. Il y a également proportionnalité entre les effets de la disposition législative sur le droit garanti et son objectif. Le législateur a atteint un juste équilibre en apportant une aide financière à ceux qui ont été jugés en avoir le plus besoin.

Les juges Cory et Iacobucci (dissidents): Pour établir si le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) a été violé, la première étape consiste à déterminer si, en raison de la distinction créée par la disposition contestée, il y a eu violation du droit d'un plaignant à l'égalité. À cette étape de l'analyse, il s'agit principalement de vérifier si la disposition contestée engendre, entre le plaignant et d'autres personnes, une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Il faut, à la seconde étape, déterminer si la distinction ainsi créée donne lieu à une discrimination. À cette fin, il faut se demander, d'une part, si le droit à l'égalité a été enfreint sur le fondement d'une caractéristique personnelle qui est soit énumérée au par. 15(1), soit analogue à celles qui y sont énumérées et, d'autre part, si la distinction a pour effet d'imposer au plaignant des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres. Pour juger s'il y a égalité ou discrimination, il faut établir des comparaisons entre différents groupes de personnes. L'existence de la discrimination doit être appréciée à la lumière de l'ensemble des contextes social, politique et juridique. Il est nécessaire de distinguer entre la question de savoir s'il y a discrimination au sens du par. 15(1) et celle de savoir si cette discrimination est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Cette distinction analytique entre le par. 15(1) et l'article premier est importante puisque le plaignant qui invoque la *Charte* a pour seul fardeau de prouver que la loi établit une distinction discriminatoire. Ce

finds a breach of s. 15(1) does the government bear the onus of justifying that discrimination.

Since the law challenged draws a clear distinction between opposite-sex couples and same-sex couples, this case presents a situation of direct discrimination. As a result of the definition of a common law spouse as a "person of the opposite sex", homosexual common law couples are denied the benefit of the spousal allowance which is available to heterosexual common law couples. This distinction amounts to a clear denial of equal benefit of the law. In addition to being denied an economic benefit, homosexual couples are denied the opportunity to make a choice as to whether they wish to be publicly recognized as a common law couple because of the definition of "spouse" set out in the *Old Age Security Act*. The public recognition and acceptance of homosexuals as a couple may be of tremendous importance to them and to the society in which they live. To deny homosexual couples the right to make that choice deprives them of the equal benefit of the law.

The distinction in the Act is based on a personal characteristic, namely sexual orientation. Sexual orientation is analogous to the grounds of discrimination enumerated in s. 15(1). The historic disadvantage suffered by homosexual persons has been widely recognized and documented. Sexual orientation is more than simply a "status" that an individual possesses: it is something that is demonstrated in an individual's conduct by the choice of a partner. Just as the *Charter* protects religious beliefs and religious practice as aspects of religious freedom, so too should it be recognized that sexual orientation encompasses aspects of "status" and "conduct" and that both should receive protection.

The distinction drawn by s. 2 of the *Old Age Security Act* on the basis of sexual orientation constitutes discrimination. The legislation denies homosexual couples equal benefit of the law not on the basis of merit or need, but solely on the basis of sexual orientation. The definition of "spouse" as someone of the opposite sex reinforces the stereotype that homosexuals cannot and do not form lasting, caring, mutually supportive relationships with economic interdependence in the same manner as heterosexual couples. The appellants' relationship vividly demonstrates the error of that approach. The discriminatory impact cannot be deemed to be triv-

n'est que si la cour conclut qu'il y a violation du par. 15(1) que le gouvernement doit justifier cette discrimination.

Puisque la disposition contestée établit une nette distinction entre les couples de sexe opposé et les couples de même sexe, il s'agit en l'espèce d'une discrimination directe. Comme la Loi définit le conjoint de fait comme une «personne de sexe opposé», les couples homosexuels qui vivent en union de fait sont privés du bénéfice de l'allocation de conjoint à laquelle sont admissibles les couples hétérosexuels qui vivent en union de fait. Cette distinction équivaut à une négation claire du droit au même bénéfice de la loi. Outre qu'ils sont privés d'un avantage économique, les couples homosexuels n'ont pas la possibilité de décider s'ils souhaitent être publiquement reconnus comme conjoints de fait en raison de la définition de «conjoint» énoncée dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. La reconnaissance et l'acceptation publiques des homosexuels en tant que couple peut se révéler d'une extrême importance pour eux et pour la société dans laquelle ils vivent. C'est porter atteinte à leur droit au même bénéfice de la loi que de nier aux couples homosexuels le droit de choisir.

La distinction établie dans la Loi est fondée sur une caractéristique personnelle, plus précisément l'orientation sexuelle. L'orientation sexuelle est un motif de discrimination analogue à ceux qui sont énumérés au par. 15(1). Le désavantage historique dont ont souffert les homosexuels est largement reconnu et abondamment étayé. L'orientation sexuelle est davantage que le simple «statut» d'un individu. C'est quelque chose qui se manifeste dans le comportement d'une personne par le choix de son partenaire. Tout comme la *Charte* protège les croyances et les pratiques religieuses en tant qu'aspects de la liberté de religion, on devrait également reconnaître que l'orientation sexuelle réunit des aspects du «statut» et du «comportement», et que tous deux devraient être protégés.

La distinction établie par l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* sur le fondement de l'orientation sexuelle est discriminatoire. La Loi nie aux couples homosexuels le droit au même bénéfice de la loi et elle ne fonde pas ce refus sur les mérites ou les besoins, mais uniquement sur l'orientation sexuelle. La définition de «conjoint» comme étant une personne de sexe opposé renforce le stéréotype selon lequel les homosexuels ne peuvent entretenir et, effectivement, n'entretiennent pas de relations durables où l'affection, le soutien et l'interdépendance financière se manifestent de la même façon que chez les couples hétérosexuels. La relation des

ial when the legislation reinforces prejudicial attitudes based on such faulty stereotypes.

The impugned legislation is not saved under s. 1 of the *Charter*. While the objective of the spousal allowance, which is geared toward the mitigation of poverty among “elderly households”, is of pressing and substantial importance, the allowance in its present form is not rationally connected to its legislative goals. A program which included the appellants would better achieve the intended goal while respecting the *Charter* rights of gays and lesbians. Nor is the denial of the appellants’ s. 15 rights through the ineligibility for receipt of the spousal allowance minimally impaired simply because the appellants’ joint income would have roughly been the same because of N’s receipt of provincial support supplementing his income for a completely unrelated reason. The provincial and federal programs are clearly not co-extensive, and even if they were part of the same overlapping legislative scheme, this is not sufficient to ground a s. 1 justification. Finally, the attainment of the legislative goal is outweighed by the abridgment of the right in this case. The importance of providing relief to some elderly couples does not justify an infringement of the equality rights of the elderly couples who do not benefit for constitutionally irrelevant reasons. The definition of “spouse” in s. 2 of the Act should be read down by deleting the words “of the opposite sex” and reading in the words “or as an analogous relationship” after the words “if the two persons publicly represented themselves as husband and wife”.

Per L’Heureux-Dubé J. (dissenting): A return to the fundamental purpose of s. 15 of the *Charter* is necessary in order to reconcile the divergent approaches taken by this Court in recent jurisprudence, as well as in the present case and in *Miron* and *Thibadeau*. At the heart of s. 15 is the protection of, and respect for, basic human dignity. “Discrimination” must therefore be at the forefront of the court’s analysis. In order for discrimination to be addressed and identified in all of its varied contexts and forms, it is preferable to focus on impact (i.e. discriminatory effect) rather than on constituent elements (i.e. the grounds of the distinction). Discriminatory effects must, moreover, be evaluated from the point of view of the victim, rather than from that of the state. Considerations of relevance are more properly viewed

appelants démontre précisément l’erreur de cette position. On ne peut juger que l’effet discriminatoire est négligeable alors que la loi renforce des préjugés fondés sur ces stéréotypes injustes.

La disposition contestée n’est pas sauvegardée aux termes de l’article premier de la *Charte*. Si l’objectif de l’allocation au conjoint, qui vise à réduire la pauvreté chez les «couples âgés», se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles, l’allocation dans sa forme actuelle n’a pas de lien rationnel avec ses objectifs législatifs. Un programme intégrant les appelants serait mieux à même d’atteindre l’objectif visé tout en respectant les droits garantis par la *Charte* aux gais et lesbiennes. La violation des droits des appelants garantis par l’art. 15, engendrée par le refus de l’allocation de conjoint, n’est pas une atteinte minimale du seul fait que le revenu total des appelants aurait été à peu près le même parce que N recevait une aide provinciale de supplément du revenu pour une raison totalement étrangère. Les programmes provincial et fédéral n’ont manifestement pas la même portée et, même s’ils faisaient partie d’un régime législatif commun, il en faut davantage pour fonder une justification au regard de l’article premier. Enfin, l’atteinte au droit garanti en l’espèce l’emporte sur la réalisation de l’objectif législatif. L’importance de fournir une assistance à certains couples âgés ne justifie pas la violation des droits à l’égalité des couples âgés qui ne bénéficient pas de cette aide pour des raisons constitutionnelles non pertinentes. La définition de «conjoint» à l’art. 2 de la Loi devrait se lire comme si les mots «de sexe opposé» étaient supprimés et les mots «ou comme étant dans une union analogue» étaient ajoutés après le membre de phrase «pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme».

Le juge L’Heureux-Dubé (dissidente): Il est nécessaire de revoir l’objectif fondamental de l’art. 15 de la *Charte* afin de concilier les conceptions divergentes que notre Cour a adoptées dans des affaires récentes, ainsi que dans la présente affaire et dans *Miron* et *Thibadeau*. La protection et le respect de la dignité inhérente de la personne humaine est au cœur de l’art. 15. La cour doit donc accorder la première place à la «discrimination» dans son analyse. Pour que la discrimination soit appréciée ou reconnue dans tous ses contextes et sous toutes ses formes, il est préférable d’insister davantage sur l’impact (c’est-à-dire l’effet discriminatoire) que sur les éléments constitutifs (c’est-à-dire les motifs de la distinction). Les effets discriminatoires doivent, en outre, être considérés du point de vue de la victime plutôt que de celui de l’État. Il convient davantage d’examiner les questions relatives à la pertinence en tant que

as justifications under s. 1 than as factors integral to the identification of discrimination in the first place.

The following factors must be established by a rights claimant before the impugned distinction will be found to be discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Charter*: (1) there must be a legislative distinction; (2) this distinction must result in a denial of one of the four equality rights on the basis of the rights claimant's membership in an identifiable group; and (3) this distinction must be "discriminatory" within the meaning of s. 15. A distinction is discriminatory within the meaning of s. 15 where it is capable of either promoting or perpetuating the view that the individual adversely affected by this distinction is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration. The absence or presence of discriminatory impact should be assessed according to a subjective-objective standard — the reasonably held view of one who is possessed of similar characteristics, under similar circumstances, and who is dispassionate and fully apprised of the circumstances. This determination is arrived at by considering two categories of factors: (1) the nature of the group adversely affected by the impugned distinction, and (2) the nature of the interest adversely affected by the impugned distinction. With respect to the first category, groups that are more socially vulnerable will experience the adverse effects of a legislative distinction more vividly than if the same distinction were directed at a group which is not similarly vulnerable. In evaluating the nature of the group affected by the impugned distinction, it is relevant to inquire into many of the criteria traditionally employed in the *Andrews* analysis, such as whether the impugned distinction is based upon fundamental attributes that are generally considered to be essential to our popular conception of 'personhood' or 'humanness', whether the adversely affected group is already a victim of historical disadvantage, whether this distinction is reasonably capable of aggravating or perpetuating that disadvantage, whether group members are currently vulnerable to stereotyping, social prejudice and/or marginalization, and whether this distinction exposes them to the reasonable possibility of future vulnerability of this kind. Membership in a "discrete and insular minority", lacking in political power and thus vulnerable to having its interests overlooked, is another consideration that may be taken into account. The absence or presence of some of these factors will not, however, be determinative of the analysis. However, awareness of, and sensitivity to, the realities of those experiencing the distinction is an

justifications au regard de l'article premier que comme des facteurs inhérents à la reconnaissance de la discrimination en premier lieu.

La personne qui invoque les droits doit faire la preuve des facteurs suivants pour que la distinction attaquée puisse être considérée comme discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte*: (1) la loi crée une distinction; (2) cette distinction entraîne une négation de l'un des quatre droits à l'égalité, fondée sur l'appartenance de la personne qui invoque le droit à un groupe identifiable, et (3) cette distinction est «discriminatoire» au sens de l'art. 15. Une distinction est discriminatoire au sens de l'art. 15 si elle est susceptible de favoriser ou de perpétuer l'opinion que les individus lésés par cette distinction sont moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. L'absence ou l'existence d'un effet discriminatoire doit être évaluée suivant une norme subjective-objective — l'opinion raisonnable d'une personne qui possède des caractéristiques semblables dans une situation semblable, et qui est objective et bien informée des circonstances. On en arrive à cette détermination en considérant deux catégories de facteurs: (1) la nature du groupe lésé par la distinction et (2) la nature du droit auquel la distinction porte atteinte. Pour ce qui est de la première catégorie, les groupes qui sont plus vulnérables sur le plan social ressentiront les effets préjudiciables d'une distinction d'origine législative plus vivement que les groupes qui ne sont pas aussi vulnérables. Dans l'analyse de la nature du groupe victime de la distinction contestée, il est pertinent de tenir compte d'un grand nombre des critères traditionnellement utilisés dans l'analyse fondée sur l'arrêt *Andrews* et, par exemple, de vérifier si la distinction contestée est fondée sur des attributs fondamentaux qui sont généralement considérés comme étant essentiels à la conception populaire de la «personnalité» ou de la «nature humaine», et de se poser des questions du genre suivant: Le groupe lésé est-il déjà victime d'un désavantage historique? La distinction est-elle raisonnablement susceptible d'aggraver ou de perpétuer ce désavantage? Les membres du groupe sont-ils actuellement exposés aux stéréotypes, aux préjugés sociaux ou à la marginalisation? Du fait de la distinction, risquent-ils d'être exposés dans l'avenir aux stéréotypes, aux préjugés sociaux ou à la marginalisation? L'appartenance à une «minorité discrète et isolée» dépourvue de tout pouvoir politique et, à ce titre, susceptible de voir ses droits négligés, est un facteur dont on peut également tenir compte. L'absence ou la présence de certains de ces facteurs ne sera cependant pas

important task that judges must undertake when evaluating the impact of the distinction on members of the affected group.

Similarly, the more fundamental the interest affected or the more serious the consequences of the distinction, the more likely that the impugned distinction will have a discriminatory impact even with respect to groups that occupy a position of advantage in our society. While the *Charter* is not a document of economic rights and freedoms, the nature, quantum and context of an economic prejudice or denial of such a benefit are important factors in determining whether the distinction from which the differing economic consequences flow is one which is discriminatory. The discriminatory calibre of a particular distinction cannot, however, be fully appreciated without also evaluating the constitutional and societal significance of the interests adversely affected. Tangible economic consequences are but one manifestation of the more intangible and invidious harms flowing from discrimination, which the *Charter* seeks to root out. In other cases, the prejudice will be to an important individual interest rather than to one that is economic in nature. Both categories of factors emphasize that it is no longer the "grounds" of the distinction that are dispositive of the question of whether discrimination exists, but rather the social context of the distinction that matters. An effects-based approach to discrimination is the logical next step in the evolution of s. 15 jurisprudence since *Andrews*.

Homosexual couples are denied the equal benefit of the law on the basis of the legislative distinction in s. 2 of the *Old Age Security Act*, which defines couples as relationships of "opposite sex". That the appellants are able to claim higher benefits as separate individuals does not alter the fact that they have been denied the benefits, both tangible and intangible, of filing for old age benefits as a couple. The impugned distinction excludes the rights claimants because they are homosexual. Consideration of both the nature of the group and the interest affected leads us to conclude that the distinction is discriminatory. Same-sex couples are a highly socially vulnerable group, in that they have suffered considerable historical disadvantage, stereotyping, marginalization and stigmatization within Canadian society. The distinction relates to a fundamental aspect of personhood and affects individuals who, in addition to being homosexuals, are also elderly and poor. Turning to the interest affected, the impugned legislation is a cornerstone in Canada's social security net, which is, in

déterminante à l'égard de l'analyse. Les juges doivent cependant se montrer sensibles aux réalités de ceux qui subissent la distinction lorsqu'ils en pèsent l'impact sur les membres du groupe touché.

De même, plus le droit touché est fondamental ou plus les conséquences de la distinction sont graves, plus il est probable que la distinction en cause aura un effet discriminatoire, même à l'égard des groupes qui occupent une position privilégiée dans la société. Bien que la *Charte* ne soit pas un document de droits et de libertés économiques, la nature, l'importance et le contexte du préjudice économique ou de la négation de ce bénéfice sont des facteurs importants pour déterminer si la distinction qui entraîne ces conséquences économiques différentes est discriminatoire. On ne peut toutefois évaluer pleinement le caractère discriminatoire d'une distinction donnée sans également mesurer l'importance, sur le plan de la constitution et de la société, du droit auquel il a été porté atteinte. Les conséquences économiques tangibles ne sont que l'une des manifestations des préjudices plus intangibles et insidieux que cause la discrimination et que tente d'enrayer la *Charte*. Il se peut également que le préjudice touche un droit individuel important plutôt qu'un droit de nature économique. Les deux catégories de facteurs font ressortir que ce qui importe ce ne sont plus tant les «motifs», mais plutôt le contexte social de la distinction. L'adoption d'une démarche fondée sur les effets pour l'étude de la discrimination est la prochaine étape logique dans l'évolution de la jurisprudence relative à l'art. 15 depuis l'arrêt *Andrews*.

Les couples homosexuels se voient nier le droit au même bénéfice de la loi sur le fondement d'une distinction créée par l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, qui définit les couples comme une union entre personnes «de sexe opposé». Que les appelants puissent individuellement se prévaloir de bénéfices plus avantageux ne change rien au fait qu'on leur a nié l'avantage, à la fois tangible et intangible, de demander des prestations de vieillesse en tant que couple. La distinction contestée exclut les demandeurs parce qu'ils sont homosexuels. Si l'on considère tant la nature du groupe touché que celle du droit touché, on doit conclure que la distinction est discriminatoire. Les couples de même sexe sont un groupe très vulnérable sur le plan social puisqu'ils ont été victimes de désavantages, de stéréotypes, de marginalisation et de stigmatisation historiques considérables dans la société canadienne. La distinction se rapporte à un aspect fondamental de la personnalité et touche des personnes que, outre le fait d'être homosexuelles, sont âgées et pauvres. Quant à la question du

turn, a cherished and fundamental institution in our society.

The violation of s. 15(1) of the *Charter* cannot be salvaged by s. 1, as it is not relevant to a proportionate extent to a pressing and substantial objective. While the objective of the legislation is pressing and substantial, the means chosen to achieve this objective fails all three branches of the proportionality test. The legislation excludes couples who would fill all of the other criteria in the Act except the requirement that they are of the opposite sex. To find that this distinction is rationally connected to the objective of the legislation requires us to conclude that same-sex couples are so different from married couples that it would be unreasonable to make the same benefits available to both. At best, the government has only demonstrated that this is its assumption. The presumption that same-sex relationships are somehow less interdependent than opposite-sex relationships is, itself, a fruit of stereotype rather than one of demonstrable, empirical reality. Nor is s. 15 minimally impaired. A reasonable alternative remedy is available: the discriminatory effect would be eliminated without prejudice to the rights or interests of any other group by extending coverage to same-sex couples who otherwise fulfil all of the other non-discriminatory criteria required in the Act. Deference under this branch of the s. 1 test is not appropriate when there is a reasonable alternative that is readily available, that is not the subject of conflicting social science views, and that could not result in a concomitant prejudice to another group. Finally, the deleterious effects of the impugned distinction outweigh its salutary effects.

Per McLachlin J. (dissenting): The reasons of Cory and Iacobucci JJ. were substantially agreed with. On the basis of the principles outlined in *Miron v. Trudel*, released concurrently, the impugned legislation infringes s. 15(1) of the *Charter* and the infringement is not saved under s. 1.

Cases Cited

By La Forest J.

Referred to: *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Big M*

droit touché, la loi contestée est une pierre angulaire de la protection sociale au Canada qui, elle, est une institution vénérée et fondamentale dans notre société.

La violation du par. 15(1) de la *Charte* ne peut être sauvegardée au regard de l'article premier puisqu'elle ne se rapporte pas dans une mesure proportionnelle à un objectif urgent et réel. Si l'objectif de la Loi est urgent et réel, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif échoue toutefois aux trois volets du critère de la proportionnalité. La disposition exclut les couples qui satisfont à tous les autres critères prévus dans la Loi, à l'exception de la condition d'être de sexe opposé. Pour trouver à cette distinction un lien rationnel avec l'objectif de la loi, il nous faut conclure que les couples de même sexe sont si différents des couples mariés qu'il serait déraisonnable de leur permettre à eux aussi d'obtenir les mêmes bénéfices. Au mieux, le gouvernement a uniquement démontré qu'il s'agit là d'une supposition. L'hypothèse suivant laquelle les personnes de même sexe entretiennent une union qui, d'une certaine façon, n'est pas aussi interdépendante que l'union de personnes de sexe opposé, est en soi le fruit d'un stéréotype et non d'une réalité démontrable et empirique. La violation de l'art. 15 n'est pas non plus une atteinte minimale. Il existe une autre solution raisonnable: l'effet discriminatoire serait éliminé sans préjudice aux droits de tout autre groupe si on élargissait la Loi pour l'appliquer aux couples de même sexe qui satisfont par ailleurs à tous les autres critères non discriminatoires qui y sont prévus. La retenue dans le cadre de cet aspect du critère de l'article premier n'est pas appropriée lorsqu'il existe une autre solution raisonnable, facilement exécutable, qui ne suscite pas d'opinions contradictoires sur le plan des sciences sociales et qui ne causerait de préjudice à aucun autre groupe. Enfin, les effets préjudiciables de la distinction contestée excèdent ses effets bénéfiques.

Le juge McLachlin (dissidente): L'opinion des juges Cory et Iacobucci est, pour l'essentiel, acceptée. Compte tenu des principes énoncés dans *Miron c. Trudel*, rendu simultanément, la disposition contestée viole le par. 15(1) de la *Charte* et cette violation n'est pas justifiée au regard de l'article premier.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Big*

Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Mahe v. Alta. (Gov't)* (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212.

By Sopinka J.

Referred to: *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

By Cory and Iacobucci JJ. (dissenting)

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Douglas v. Canada* (1992), 58 F.T.R. 147; *Haig v. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245 (Gen. Div.), aff'd (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.); *Vriend v. Alberta* (1994), 152 A.R. 1; *Veysey v. Canada (Correctional Service)* (1989), 44 C.R.R. 364; *Brown v. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294; *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; *Leshner v. Ontario* (1992), 16 C.H.R.R. D/184; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *Schachtschneider v. Canada*, [1994] 1 F.C. 40; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Symes v.*

M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Mahe c. Alta. (Gov't)* (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212.

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

Citée par les juges Cory et Iacobucci (dissidents)

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Brown c. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Douglas c. Canada* (1992), 58 F.T.R. 147; *Haig c. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245 (Div. gén.), conf. par (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.); *Vriend c. Alberta* (1994), 152 A.R. 1; *Veysey c. Canada (Correctional Service)* (1989), 44 C.R.R. 364; *Brown c. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294; *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; *Leshner c. Ontario* (1992), 16 C.H.R.R. D/184; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *Schachtschneider c. Canada*, [1994] 1 C.F. 40; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Symes c.*

Canada, [1993] 4 S.C.R. 695; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

By McLachlin J. (dissenting)

Miron v. Trudel, [1995] 2 S.C.R. 418.

Statutes and Regulations Cited

B.C. Reg. 479/76, ss. 3(2), 10.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Guaranteed Available Income for Need Act, R.S.B.C. 1979, c. 158, s. 8.
 N.B. Reg. 82-227.
Old Age Security Act, R.S.C. 1970, c. O-6, s. 2 [am. 1974-75-76, c. 58, s. 1].
Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9, ss. 2 [am. c. 34 (1st Supp.), s. 1], 19.
Resolution on Equal Rights for Homosexuals and Lesbians in the European Community, European Parliament, A3-0028/94.
Saskatchewan Assistance Act, R.S.S. 1978, c. S-8.
 Sask. Reg. 78/66.
Social Welfare Act, R.S.N.B. 1973, c. S-11.
Welfare Assistance Act, R.S.P.E.I. 1988, c. W-3.
Welfare Assistance Act Regulations, EC746/84.

Authors Cited

Abella, Rosalie Silberman. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1984.
 Bayefsky, Anne F. "A Case Comment on the First Three Equality Rights Cases Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Andrews, Workers' Compensation Reference, Turpin" (1990), 1 *Supreme Court L.R.* (2d) 503.
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, June 12, 1975, p. 25:7.
 Canada. House of Commons. Sub-Committee on Equality Rights. *Equality For All: Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights*. Ottawa: Queen's Printer, 1985.
 Duclos, Nitya. "An Argument for Legal Recognition of Same Sex Marriage". In Carol Rogerson, *Family Law Cases and Materials 1991-92*, vol. I. Faculty of Law, University of Toronto.

Canada, [1993] 4 R.C.S. 695; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Miron c. Trudel, [1995] 2 R.C.S. 418.

Lois et règlements cités

B.C. Reg. 479/76, art. 3(2), 10.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15.
Guaranteed Available Income for Need Act, R.S.B.C. 1979, ch. 158, art. 8.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 2 [mod. ch. 34 (1^{er} suppl.), art.1], 19.
Loi sur la sécurité de la vieillesse, S.R.C. 1970, ch. O-6, art. 2 [mod. 1974-75-76, ch. 58, art. 1].
Loi sur le bien-être social, L.R.N.-B. 1973, ch. S-11.
 Règl. du N.-B. 82-227.
Résolution sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la communauté européenne, Parlement européen, A3-0028/94.
Saskatchewan Assistance Act, R.S.S. 1978, ch. S-8.
 Sask. Reg. 78/66.
Welfare Assistance Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. W-3.
Welfare Assistance Act Regulations, EC746/84.

Doctrine citée

Abella, Rosalie Silberman. *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1984.
 Bayefsky, Anne F. «A Case Comment on the First Three Equality Rights Cases Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Andrews, Workers' Compensation Reference, Turpin» (1990), 1 *Supreme Court L.R.* (2d) 503.
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales. *Procès-verbaux et témoignages*, 12 juin 1975, p. 25:7.
 Canada. Chambre des communes. Sous-comité sur les droits à l'égalité. *Égalité pour tous: Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1985.
Débats de la Chambre des communes, vol. I, 1^{re} sess., 31^e lég., le 22 octobre 1979, p. 476.
 Duclos, Nitya. «An Argument for Legal Recognition of Same Sex Marriage». In Carol Rogerson, *Family Law*

- Eichler, Margrit. *Families in Canada Today: Recent Changes and Their Policy Consequences*, 2nd ed. Toronto: Gage, 1988.
- Gibson, Dale. "Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772.
- Gibson, Dale. "Equality for Some" (1991), 40 *U.N.B.L.J.* 2.
- Gibson, Dale. *The Law of the Charter: Equality Rights*. Toronto: Carswell, 1990.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.
- House of Commons Debates*, vol. I, 1st Sess., 31st Parl., October 22, 1979, p. 476.
- Iyer, Nitya. "Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity" (1993), 19 *Queen's L.J.* 179.
- Lepofsky, M. David. "The Canadian Judicial Approach to Equality Rights: Freedom Ride or Rollercoaster?" (1992), 1 *N.J.C.L.* 315.
- Petersen, Cynthia. "A Queer Response to Bashing: Legislating Against Hate" (1991), 16 *Queen's L.J.* 237.
- Québec. Commission des droits de la personne. Comité de consultation. *De l'illégalité à l'égalité: Rapport de la consultation publique sur la violence et la discrimination envers les gais et lesbiennes*. Montréal: La Commission, 1994.
- Smith, C. Lynn. "Judicial Interpretation of Equality Rights Under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: Some Clear and Present Dangers" (1988), 23 *U.B.C. L. Rev.* 65.
- Smith, Carolyn Gibson. "Proud but Cautious": *Homophobic Abuse and Discrimination in Nova Scotia*. Nova Scotia Public Interest Research Group, July 1994.
- Vanier Institute of the Family. *Profiling Canada's Families*. Ottawa: Vanier Institute of the Family, 1994.
- Cases and Materials 1991-92*, vol. I. Faculty of Law, University of Toronto.
- Eichler, Margrit. *Families in Canada Today: Recent Changes and Their Policy Consequences*, 2nd ed. Toronto: Gage, 1988.
- Gibson, Dale. «Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772.
- Gibson, Dale. «Equality for Some» (1991), 40 *R.D. U.N.-B.* 2.
- Gibson, Dale. *The Law of the Charter: Equality Rights*. Toronto: Carswell, 1990.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.
- Institut Vanier de la famille. *Profil des familles canadiennes*. Ottawa: Institut Vanier de la famille, 1994.
- Iyer, Nitya. «Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity» (1993), 19 *Queen's L.J.* 179.
- Lepofsky, M. David. «The Canadian Judicial Approach to Equality Rights: Freedom Ride or Rollercoaster?» (1992), 1 *N.J.C.L.* 315.
- Petersen, Cynthia. «A Queer Response to Bashing: Legislating Against Hate» (1991), 16 *Queen's L.J.* 237.
- Québec. Commission des droits de la personne. Comité de consultation. *De l'illégalité à l'égalité: Rapport de la consultation publique sur la violence et la discrimination envers les gais et lesbiennes*. Montréal: La Commission, 1994.
- Smith, C. Lynn. «Judicial Interpretation of Equality Rights Under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: Some Clear and Present Dangers» (1988), 23 *U.B.C. L. Rev.* 65.
- Smith, Carolyn Gibson. «Proud but Cautious»: *Homophobic Abuse and Discrimination in Nova Scotia*. Nova Scotia Public Interest Research Group, July 1994.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1993] 3 F.C. 401, 103 D.L.R. (4th) 336, 15 C.R.R. (2d) 310, 153 N.R. 161, affirming a judgment of the Federal Court, Trial Division, [1992] 1 F.C. 687, 87 D.L.R. (4th) 320, 38 R.F.L. (3d) 294, 47 F.T.R. 305, dismissing the appellants' claim. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. dissenting.

Joseph J. Arvay, Q.C., and Leah Greathead, for the appellants.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1993] 3 C.F. 401, 103 D.L.R. (4th) 336, 15 C.R.R. (2d) 310, 153 N.R. 161, qui a confirmé un arrêt de la Section de première instance de la Cour fédérale, [1992] 1 C.F. 687, 87 D.L.R. (4th) 320, 38 R.F.L. (3d) 294, 47 F.T.R. 305, qui avait rejeté la demande des appelants. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin et Iacobucci sont dissidents.

Joseph J. Arvay, c.r., et Leah Greathead, pour les appelants.

H. J. Wruck, Q.C., F. E. Campbell, Q.C., and L. M. Hitch, for the respondent.

Madeleine Aubé, for the intervener the Attorney General of Québec.

William F. Pentney and J. Helen Beck, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

Hélène Tessier, for the intervener the Commission des droits de la personne du Québec.

Cynthia Petersen, for the intervener Equality for Gays and Lesbians Everywhere.

Charles M. Campbell and Susan Ursel, for the intervener Metropolitan Community Church of Toronto.

Peter R. Jervis and Iain T. Benson, for the intervener Inter-Faith Coalition on Marriage and the Family.

Steven Barrett and Vanessa Payne, for the intervener the Canadian Labour Congress.

The reasons of Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Major JJ. were delivered by

H. J. Wruck, c.r., F. E. Campbell, c.r., et L. M. Hitch, pour l'intimée.

Madeleine Aubé, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

William F. Pentney et J. Helen Beck, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

Hélène Tessier, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne du Québec.

Cynthia Petersen, pour l'intervenante Égalité pour les gais et les lesbiennes.

Charles M. Campbell et Susan Ursel, pour l'intervenante la Metropolitan Community Church of Toronto.

Peter R. Jervis et Iain T. Benson, pour l'intervenante l'Inter-Faith Coalition on Marriage and the Family.

Steven Barrett et Vanessa Payne, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Gonthier et Major rendus par

¹ LA FOREST J. — This appeal concerns the constitutionality of ss. 2 and 19(1) of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, which accord to spouses of pensioners under the Act whose income falls below a stipulated amount, an allowance when they reach the age of 60, payable until they themselves become pensioners at age 65. The appellants maintain these provisions violate s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as discriminating against persons living in a homosexual relationship because the effect of the definition of "spouse" in s. 2 is to restrict the allowances to spouses in a heterosexual union, i.e. those who are legally married or who live in a common law relationship.

LE JUGE LA FOREST — Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'art. 2 et du par. 19(1) de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, qui prévoit le versement d'une allocation aux conjoints des pensionnés lorsqu'ils atteignent 60 ans et que leur revenu est inférieur à un montant déterminé, allocation payable jusqu'à ce que ces conjoints deviennent eux-mêmes des pensionnés à l'âge de 65 ans. Les appelants maintiennent que ces dispositions violent l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'elles créent une discrimination à l'endroit des personnes qui vivent une relation homosexuelle, la définition de «conjoint» à l'art. 2 ayant pour effet de restreindre l'allocation aux conjoints d'une union hétérosexuelle, c'est-à-dire qui sont mariés ou qui vivent en union de fait.

My colleague, Justice Cory, has set forth the facts and judicial history as well as the applicable constitutional and statutory provisions. It will be sufficient for me, then, to refer only to such of this material as may be essential to an understanding of what follows.

The provision providing for the payment of the allowance is s. 19(1), which reads as follows:

19. (1) Subject to this Act and the regulations, for each month in any fiscal year, a spouse's allowance may be paid to the spouse of a pensioner if the spouse

(a) is not separated from the pensioner;

(b) has attained sixty years of age but has not attained sixty-five years of age; and

(c) has resided in Canada after attaining eighteen years of age and prior to the day on which the spouse's application is approved for an aggregate period of at least ten years and, where that aggregate period is less than twenty years, was resident in Canada on the day preceding the day on which the spouse's application is approved.

That provision, without more, would be confined — as the term “spouse” had been interpreted in the Act before the original enactment of s. 19(1) in 1975 — to spouses in a legal marriage. At the time of the enactment of s. 19(1), however, s. 2 of the Act was amended to define the term “spouse” for the purposes of the Act to include common law spouses described in the definition. The definition reads:

2. In this Act,

...

“spouse”, in relation to any person, includes a person of the opposite sex who is living with that person, having lived with that person for at least one year, if the two persons have publicly represented themselves as husband and wife;

The effect of this new definition was to extend the allowances to spouses living in a common law relationship as well as those in a legal marriage.

2
Mon collègue le juge Cory a présenté les faits et un historique des procédures de même que les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes. Il ne me sera donc nécessaire d'y revenir que dans la mesure où cela est nécessaire pour la compréhension de mes propos.

3
C'est le par. 19(1) qui prévoit le paiement de l'allocation:

19. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi et de ses règlements, il peut être versé une allocation mensuelle au conjoint qui réunit les conditions suivantes:

a) il n'est pas séparé du pensionné;

b) il a au moins soixante ans mais n'a pas encore soixante-cinq ans;

c) il a, après l'âge de dix-huit ans, résidé en tout au Canada pendant au moins dix ans et, dans le cas où la période de résidence est inférieure à vingt ans, résidait au Canada le jour précédant celui de l'agrément de sa demande.

Cette disposition, sans plus, ne s'appliquerait — suivant la définition qu'on avait donnée à «conjoint» dans la Loi avant que le par. 19(1) soit adopté pour la première fois en 1975 — qu'aux conjoints d'une union légitime. À l'époque de l'adoption du par. 19(1), toutefois, l'art. 2 de la Loi a été modifié pour qu'aux fins de la Loi, le terme «conjoint» inclue les conjoints de fait tels qu'ils sont décrits dans la définition, laquelle est ainsi libellée:

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

...

«conjoint» Est assimilée au conjoint la personne de sexe opposé qui vit avec une autre personne depuis au moins un an, pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme.

Cette nouvelle définition avait pour effet d'étendre aux conjoints de fait le programme d'allocation prévu pour les conjoints mariés.

4 The appellants, James Egan and John Norris Nesbit, are homosexuals who have since 1948 lived together in a relationship marked by commitment and interdependence similar to that which one expects to find in a marriage. When Egan became 65 in 1986, he began to receive old age security and guaranteed income supplements under the Act. On reaching age 60, Nesbit applied for a spousal allowance under s. 19(1), which as I mentioned is available to spouses as defined in the Act between the ages of 60 and 65 whose combined income falls below a fixed level. His application was rejected because the relationship between Nesbit and Egan did not fall within the Act.

5 The appellants' claim before this Court is that the Act contravenes s. 15 of the *Charter* in that it discriminates on the basis of sexual orientation. To establish that claim, it must first be determined that s. 15's protection of equality without discrimination extends to sexual orientation as a ground analogous to those specifically mentioned in the section. This poses no great hurdle for the appellants; the respondent Attorney General of Canada conceded this point. While I ordinarily have reservations about concessions of constitutional issues, I have no difficulty accepting the appellants' contention that whether or not sexual orientation is based on biological or physiological factors, which may be a matter of some controversy, it is a deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable personal costs, and so falls within the ambit of s. 15 protection as being analogous to the enumerated grounds. As the courts below observed, this is entirely consistent with a number of cases on the point. Indeed, there is a measure of support for this position in this Court. In *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, at pp. 737-39, speaking for my colleagues as well, I observed that the analogous grounds approach in s. 15 was appropriate to a consideration of the character of "social groups" subject to protection as Convention refugees. These, I continued, encompass groups defined by

Les appelants, James Egan et John Norris Nesbit, sont des homosexuels qui vivent depuis 1948 une union marquée par un engagement et une interdépendance qui s'apparentent à ceux qu'on attend d'un mariage. Lorsqu'en 1986 Egan a atteint l'âge de 65 ans, il a commencé à recevoir des prestations de sécurité de la vieillesse et un supplément de revenu garanti en application de la Loi. À 60 ans, Nesbit a demandé l'allocation de conjoint en vertu du par. 19(1), à laquelle, comme je l'ai mentionné, est admissible le conjoint qui a entre 60 et 65 ans, lorsque le revenu du couple est inférieur à un montant déterminé. Sa demande a été rejetée pour le motif que l'union entre Nesbit et Egan n'était pas visée par la Loi.

Dans leur pourvoi devant notre Cour, les appelants font valoir que la Loi contrevient à l'art. 15 de la *Charte* puisqu'elle établit une distinction sur le fondement de l'orientation sexuelle. Pour établir cette prétention, il faut d'abord démontrer que la garantie d'égalité qu'offre l'art. 15 indépendamment de toute discrimination couvre l'orientation sexuelle comme motif analogue à ceux qui y sont énumérés. Ce fardeau ne pose aucun ennui sérieux aux appelants; l'intimé le procureur général du Canada a concédé le point. Si j'ai habituellement des réserves quant aux concessions en matière de questions constitutionnelles, je n'ai toutefois aucune difficulté à accepter la prétention des appelants selon laquelle, qu'elle repose ou non sur des facteurs biologiques ou physiologiques, ce qui peut donner matière à controverse, l'orientation sexuelle est une caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n'être modifiée qu'à un prix personnel inacceptable et qui, partant, entre dans le champ de protection de l'art. 15 parce qu'elle est analogue aux motifs énumérés. Ainsi que l'ont signalé les juridictions inférieures, cela est tout à fait conforme à plusieurs décisions rendues sur ce point. En fait, dans une certaine mesure, notre Cour appuie cette position. Dans *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, aux pp. 737 à 739, m'exprimant également au nom de mes collègues, j'ai affirmé que la méthode des motifs analogues à ceux de l'art. 15 était adéquate pour analyser la

an innate or unchangeable characteristic which, I added, would include sexual orientation.

The only difficulty I have with the Crown's concession is that it would seem difficult in the absence of more precise argument to consider the point mentioned by Gonthier J. in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, regarding the need to consider the nature of a ground, be it enumerated in s. 15 or analogous, as a basis for discrimination and its necessary limitation where the distinction drawn by legislation merely reflects or is the expression of a fundamental reality or value. I need not pursue this, however, since I do not think that, in the circumstances of this case, the appellants have suffered discrimination under s. 15 as that term has been defined by this Court.

The nature of discrimination within the meaning of s. 15(1) of the *Charter* was first discussed by this Court in the seminal case of *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. In the principal reasons in that case, McIntyre J., at p. 175, underlined the importance in a constitutional document, which is not easily modified, of achieving a workable balance that permits government to perform effectively its function of making ongoing choices in the interests of society and the work of the courts in ensuring protection for the equality rights described in s. 15. As he stated, what we must do is "to provide a 'continuing framework for the legitimate exercise of governmental power' and, at the same time, for 'the unremitting protection' of equality rights". And he warned (see p. 168), as I did in my separate reasons, that not all distinctions resulting in disadvantage to a particular group will constitute discrimination. It would bring the legitimate work of our legislative bodies to a standstill if the courts were to question every distinction that had a disadvantageous effect on an enumerated or analogous group. This would open up a s. 1 inquiry in every case involving a protected group. As I put it in

nature des «groupes sociaux» qui bénéficient d'une protection à titre de réfugiés au sens de la Convention. Ces groupes, ai-je poursuivi, englobent ceux dont les caractéristiques sont innées ou immuables, ce qui comprend l'orientation sexuelle.

La seule difficulté que me pose la concession faite par le ministère public est qu'il semblerait difficile, en l'absence d'argument plus précis, de considérer le point mentionné par le juge Gonthier dans l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, concernant la nécessité d'apprécier la nature d'un motif, qu'il soit énuméré à l'art. 15 ou analogue, comme fondement d'une discrimination et sa restriction inévitable lorsque la distinction établie par la loi reflète simplement une réalité ou une valeur fondamentale ou qu'elle en est l'expression. Je n'ai toutefois pas à ajouter quoi que ce soit à cet égard puisque, à mon avis, compte tenu des circonstances de l'espèce, les appelants n'ont pas été victimes de discrimination au sens de l'art. 15 tel que ce terme a été défini par notre Cour.

La nature de la discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte* a été analysée pour la première fois par notre Cour dans l'arrêt de principe *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. Dans les motifs principaux de cet arrêt, le juge McIntyre, à la p. 175, a souligné l'importance d'atteindre dans un document constitutionnel, qui ne peut être aisément modifié, un équilibre pratique permettant au gouvernement de s'acquitter avec efficacité de sa tâche qui consiste à effectuer continuellement des choix dans l'intérêt de la société et aux tribunaux d'assurer la protection des droits à l'égalité décrits à l'art. 15. Ainsi qu'il l'a affirmé, nous devons «fournir un «cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale» et, par la même occasion, à «la protection constante» des droits à l'égalité». Et il a prévenu (voir p. 168), tout comme je l'ai fait dans mes propres motifs, que ce ne sont pas toutes les distinctions causant un désavantage à un groupe particulier qui constituent de la discrimination. Si les tribunaux devaient remettre en question chaque distinction ayant un effet défavorable sur un groupe énuméré ou analogue, le travail légitime de nos organismes législatifs s'en trouverait paralysé.

6

7

Andrews, at p. 194, “it was never intended in enacting s. 15 that it become a tool for the wholesale subjection to judicial scrutiny of variegated legislative choices in no way infringing on values fundamental to a free and democratic society”.

8 What then is discrimination? There are several comments in the course of McIntyre J.’s remarks in *Andrews* that go a long way towards clarifying the concept. Thus, at p. 174, he stated:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society.

This statement cannot, however, be looked at in isolation. It must be read in conjunction with McIntyre J.’s earlier comment, at p. 165, as follows:

In other words, the admittedly unattainable ideal [of equality] should be that a law expressed to bind all should not because of irrelevant personal differences have a more burdensome or less beneficial impact on one than another.

Similarly in my separate reasons, at p. 193, I observed that “the relevant question . . . is . . . whether the impugned provision amounts to discrimination in the sense in which my colleague has defined it, i.e. on the basis of ‘irrelevant personal differences’ such as those listed in s. 15 . . .”.

9 As Gonthier J. has noted in *Miron v. Trudel*, this involves a three-step analysis, which he puts this way (at p. 435):

Il faudrait alors effectuer une analyse sous le régime de l’article premier dans tous les cas mettant en cause un groupe bénéficiant d’une protection. Ainsi que je l’ai mentionné dans *Andrews*, à la p. 194, «en adoptant l’art. 15 on n’a jamais voulu qu’il serve à assujettir systématiquement à l’examen judiciaire des choix législatifs disparates qui ne portent aucunement atteinte aux valeurs fondamentales d’une société libre et démocratique».

Qu’est-ce donc que la discrimination? Plusieurs commentaires du juge McIntyre dans les motifs qu’il a prononcés dans *Andrews* permettent de préciser considérablement le concept. Ainsi, à la p. 174, il a dit:

J’affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus, qui a pour effet d’imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités aux bénéfiques et aux avantages offerts à d’autres membres de la société.

Ces propos ne peuvent toutefois être considérés de façon isolée. Il faut les lire en conjonction avec le commentaire que le juge McIntyre avait fait auparavant à la p. 165:

En d’autres termes, selon cet idéal [d’égalité] qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s’appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l’un que sur l’autre.

De même, dans mes motifs distincts, à la p. 193, j’ai fait remarquer que «la question pertinente consiste [. . .] à savoir si la disposition contestée constitue de la discrimination au sens où l’a définie mon collègue, c.-à-d. de la discrimination fondée sur des (TRADUCTION) «différences personnelles non pertinentes» comme celles qui sont énumérées à l’art. 15 . . .».

Ainsi que le fait remarquer le juge Gonthier dans *Miron c. Trudel*, cette détermination implique une analyse en trois étapes, qu’il expose ainsi (à la p. 435):

The first step looks to whether the law has drawn a distinction between the claimant and others. The second step then questions whether the distinction results in disadvantage, and examines whether the impugned law imposes a burden, obligation or disadvantage on a group of persons to which the claimant belongs which is not imposed on others, or does not provide them with a benefit which it grants others (*Andrews, supra*). . . .

The third step assesses whether the distinction is based on an irrelevant personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or one analogous thereto.

There is no question that the first step is satisfied in this case. Parliament has clearly made a distinction between the claimant and others. This, of course, does not carry one very far. Parliament is in the business of making such distinctions in developing programs and policies which is the task assigned to it in our democratic system. Further ingredients must be added to warrant a distinction being discriminatory.

The second step will also, in general at least, not be of great assistance. Ordinarily decisions do result in advantages or disadvantages to individuals and groups, sometimes intentionally, sometimes unintentionally. Parliament, as I mentioned, is in the business of making choices, and this inevitably involves the distribution of benefits and burdens in our society.

In this case, however, the respondent contends that the appellants have suffered no prejudice because by being treated as individuals they have received considerably more in combined federal and provincial benefits than they would have received had they been treated as "spouses". I would simply dispose of this argument on the ground that, while this may be true in this specific instance, there is nothing to show that this is generally the case with homosexual couples, which is the point the respondent must establish. My colleague Cory J. also makes this point in his reasons.

Premièrement, il faut déterminer si la loi établit une distinction entre le demandeur et d'autres personnes. Deuxièmement, il faut se demander si la distinction donne lieu à un désavantage et examiner si le texte législatif attaqué impose à un groupe de personnes auquel appartient le demandeur des fardeaux, obligations ou désavantages non imposés à d'autres, ou le prive d'un bénéfice qu'il accorde à d'autres (*Andrews, précité*). . .

Troisièmement, il faut déterminer si la distinction est fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente mentionnée au par. 15(1) ou sur une caractéristique analogue.

Nul doute que la présente affaire franchit avec succès la première étape. Le législateur a clairement établi une distinction entre le demandeur et les autres personnes. Ce qui, évidemment, ne nous avance guère. Le législateur a en effet pour fonction d'établir pareilles distinctions dans l'élaboration de programmes et de politiques, tâche qui lui revient dans notre régime démocratique. D'autres ingrédients doivent venir s'ajouter pour qu'une distinction soit discriminatoire.

La deuxième étape ne sera, elle non plus, guère utile, du moins en général. Normalement, les décisions donnent effectivement lieu à des avantages ou des désavantages pour les personnes et les groupes, parfois intentionnellement, parfois non intentionnellement. Le législateur, ainsi que je l'ai mentionné, se doit d'effectuer des choix qui entraînent inévitablement des avantages et des fardeaux dans notre société.

En l'espèce, toutefois, l'intimée soutient que les appelants n'ont été victimes d'aucun préjudice puisqu'en étant traités à titre individuel, ils ont reçu du fédéral et de la province des bénéfices combinés beaucoup plus élevés que ceux qu'ils auraient reçus s'ils avaient été considérés comme des «conjoints». Pour répondre à cet argument, je dirai simplement que, si c'est le cas dans la présente affaire, rien ne prouve que ce soit généralement le cas pour les couples homosexuels, ce dont l'intimée doit faire la preuve. Mon collègue le juge Cory soulève également ce point dans ses motifs.

10

11

12

13

I turn then to the third step of the analysis described by Gonthier J. Since it has already been accepted that “sexual orientation” is an analogous ground under s. 15(1), all that remains to be considered under this step is whether the distinction made by Parliament is relevant, what Gonthier J. describes in *Miron v. Trudel*, at p. 436, as the second aspect of this third step. He there notes that in assessing relevancy for this purpose one must look at “the nature of the personal characteristic and its relevancy to the functional values underlying the law”. At this stage, he adds, one must necessarily undertake a form of comparative analysis to determine whether particular facts give rise to inequality; see also *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 754. This proposition, too, derives from McIntyre J.’s reasons in *Andrews*, *supra*, who, at p. 164, states:

It [equality] is a comparative concept, the condition of which may only be attained or discerned by comparison with the condition of others in the social and political setting in which the question arises. It must be recognized at once, however, that every difference in treatment between individuals under the law will not necessarily result in inequality and, as well, that identical treatment may frequently produce serious inequality.

Gonthier J. adds, citing Wilson J. in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at pp. 1331-32, that this comparative analysis must be linked to an examination of the larger context, and in particular with an understanding that the *Charter* was, in Dickson J.’s words, “not enacted in a vacuum”, but must “be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts” if we are to avoid mechanical and sterile categorization; see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; see also *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at pp. 1490-91.

14

In embarking upon this comparative analysis, I shall begin with an examination of the statute with a view to determining “the functional values underlying the law”. I shall then examine the per-

Je me pencherai maintenant sur la troisième étape de l’analyse exposée par le juge Gonthier. Puisqu’il a déjà été reconnu que l’«orientation sexuelle» est un motif analogue à ceux qui sont énumérés au par. 15(1), tout ce qui reste à déterminer à cette étape-ci est la pertinence de la distinction établie par le législateur, ce que le juge Gonthier décrit dans l’arrêt *Miron c. Trudel*, à la p. 436, comme étant le second aspect de la troisième étape. Il y remarque que, dans l’examen de la pertinence à cette fin, il faut considérer «la nature de la caractéristique personnelle et sa pertinence quant aux valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi». À cette étape, ajoute-t-il, on doit nécessairement procéder à une forme d’analyse comparative pour déterminer si les faits donnés engendrent une inégalité; voir également *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, à la p. 754. Cette proposition a également été formulée par le juge McIntyre dans *Andrews*, précité, à la p. 164:

[L’égalité] est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée. Il faut cependant reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu’un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités.

Le juge Gonthier ajoute, reprenant les propos du juge Wilson dans *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, aux pp. 1331 et 1332, que cette analyse comparative doit se rattacher à l’examen de l’ensemble du contexte et qu’il faut surtout savoir, selon les termes du juge Dickson, que la *Charte* «n’a pas été adoptée en l’absence de tout contexte», mais doit «être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés» afin d’empêcher toute classification mécanique et stérile; voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344; voir également *États-Unis d’Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1490 et 1491.

Dans le cadre de cette analyse comparative, j’examinerai d’abord la loi en vue de déterminer quelles sont les «valeurs fonctionnelles qui [la] sous-tendent». Je considérerai ensuite la caractéris-

sonal characteristic here in issue to determine its relevancy to these functional values.

In undertaking an examination of the statute, it is now settled that one must not focus narrowly on a provision that has the effect of depriving a group of a benefit that others who initially appear to be in a similar position are accorded. This is the “similarly situated test” which has been categorically rejected by this Court; see *Andrews*; see also *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 279. Among the reasons for its rejection is that put forth by Kerans J.A. in *Mahe v. Alta. (Gov't)* (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212, at p. 244 (in a passage approved by McIntyre J. in *Andrews*, at p. 168), namely:

... the test accepts an idea of equality which is almost mechanical, with no scope for considering the reason for the distinction. In consequence, subtleties are found to justify a finding of dissimilarity which reduces the test to a categorization game. Moreover, the test is not helpful. After all, most laws are enacted for the specific purpose of offering a benefit or imposing a burden on some persons and not on others. The test catches every conceivable difference in legal treatment. [Emphasis added.]

Having quoted this passage, McIntyre J. in *Andrews* immediately stated that such a fixed rule or formula cannot be accepted, and then concluded by setting forth how the relevant statute must be approached in the following remarks, at p. 168:

Consideration must be given to the content of the law, to its purpose, and its impact upon those to whom it applies, and also upon those whom it excludes from its application. The issues which will arise from case to case are such that it would be wrong to attempt to confine these considerations within such a fixed and limited formula.

It is in that spirit that I propose to examine the *Old Age Security Act*.

Mahoney J.A. in the Court of Appeal has usefully described the broad structure of the Act in the following passage ([1993] 3 F.C. 401, at p. 411):

tique personnelle en cause en l'espèce pour déterminer sa pertinence relativement à ces valeurs fonctionnelles.

Il est maintenant établi que, lorsqu'on examine la loi, il ne faut pas s'intéresser exclusivement à une disposition ayant pour effet de priver un groupe d'un avantage accordé à d'autres groupes qui, à première vue, paraissent se trouver dans une situation semblable. C'est ce qu'on appelle le «critère de la situation analogue», que notre Cour a rejeté catégoriquement; voir *Andrews*; voir également *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 279. Une des raisons pour lesquelles il a été rejeté a été formulée par le juge Kerans de la Cour d'appel dans *Mahe c. Alta. (Gov't)* (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212, à la p. 244 (dans un passage approuvé par le juge McIntyre dans *Andrews*, à la p. 168):

[TRADUCTION] ... le critère adopte une idée d'égalité qui est presque automatique, sans aucune possibilité d'examiner la raison à l'origine de la distinction. Par conséquent, on recourt à des nuances pour justifier une constatation de différence, ce qui réduit le critère à un jeu de classement par catégories. De plus, le critère est sans utilité. Après tout, la plupart des lois sont adoptées dans le but précis de procurer un avantage ou d'imposer une contrainte à certaines personnes et non à d'autres. Le critère décèle toutes les différences imaginables de traitement par la loi. [Je souligne.]

Après avoir cité ce passage dans *Andrews*, le juge McIntyre a immédiatement ajouté qu'une telle règle ou formule figée ne saurait être acceptée, puis il a terminé en expliquant comment il convient de concevoir la loi pertinente (à la p. 168):

Il faut tenir compte du contenu de la loi, de son objet et de son effet sur ceux qu'elle vise, de même que sur ceux qu'elle exclut de son champ d'application. Les questions qui seront soulevées d'un cas à l'autre sont telles que ce serait une erreur que de tenter de restreindre ces considérations à une formule limitée et figée.

C'est dans cet esprit que je me propose d'examiner la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*.

Le juge Mahoney de la Cour d'appel a bien décrit la structure générale de la Loi dans le passage suivant ([1993] 3 C.F. 401, à la p. 411):

15

16

17

Part I of the Act provides for the payment of a monthly pension at age 65 to Canadian citizens and permanent residents. That pension is payable on application regardless of need. Part II provides for an additional payment to a pensioner, called a guaranteed income supplement, on the basis of need. The income of the pensioner's spouse, if any, is taken into account in determining need. Part III provides for the payment of a monthly spouse's allowance, at age 60, to the spouse of a pensioner who is in receipt of a guaranteed income supplement.

As is evident from this description, Parliament, in addition to providing greater benefits to the elderly in need, long ago took special account of married couples in need; as I mentioned earlier, before 1975 the term "spouse" only applied to persons who were legally married. This special interest is clearly expressed by the Minister of National Health and Welfare, the Honourable Marc Lalonde, when testifying before the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs in relation to the amendment adding the spousal allowance in 1975. He stated:

Its objective is clear and singular in purpose. It is to ensure that when a couple is in a situation where one of the spouses has been forced to retire, and that couple has to live on the pension of a single person, that there should be a special provision, when the breadwinner has been forced to retire at or after 65, to make sure that particular couple will be able to rely upon an income which would be equivalent to both members of the couple being retired or 60 [*sic*] years of age and over. That is the purpose of this Bill, no more than that, no less than that.

See *Minutes of Proceedings and Evidence*, June 12, 1975, at p. 25:7.

18

I add that other evidence of Parliament's continuing concern for the needs of married couples is the benefits for widows and widowers. To complete the picture, I repeat that in 1975 Parliament, by defining spouse as above described, extended the benefits under the Act beyond those who were legally married to common law couples, and it is that definition that has formed the principal focus of the appellants' attack. As I earlier noted, however, it is dangerous to focus narrowly on a partic-

La Partie I de la Loi prévoit le versement d'une pension mensuelle aux citoyens et résidents permanents du Canada qui atteignent l'âge de 65 ans. Cette pension est payable sur demande, indépendamment des besoins de l'intéressé. La Partie II prévoit le versement au pensionné d'une prestation supplémentaire, appelée supplément de revenu garanti, en fonction de ses besoins. Ces besoins sont calculés compte tenu du revenu du conjoint. La Partie III prévoit le versement d'une allocation, à l'âge de 60 ans, au conjoint du pensionné qui a droit au supplément de revenu garanti.

Comme il ressort clairement de cette description, en plus d'accorder des bénéfices supérieurs aux personnes âgées qui sont démunies, le législateur prête depuis longtemps une attention toute particulière aux couples mariés qui sont dans le besoin; je le répète, avant 1975, le terme «conjoint» ne s'appliquait qu'aux couples qui étaient mariés. Le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, l'honorable Marc Lalonde, a clairement exprimé cet intérêt spécial lorsqu'il a témoigné devant le Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales relativement à la modification qui créait l'allocation au conjoint en 1975. Il s'est exprimé ainsi:

Son objectif est simple et clair, il permet d'assurer à un couple dont l'un des conjoints est forcé de prendre sa retraite et qui doivent vivre de la pension d'une seule personne, et lorsque le soutien de famille doit prendre sa retraite à l'âge de 65 ans ou peu après, de pouvoir retirer un revenu qui sera l'équivalent de ce que retireraient les deux conjoints si elles (*sic*) étaient à la retraite ou âgées de 60 (*sic*) ans et plus. Voilà ni plus ni moins, l'objectif du bill.

Voir *Procès-verbaux et témoignages*, 12 juin 1975, à la p. 25:7.

J'ajouterai que les bénéfices accordés aux veufs et aux veuves sont une autre marque de l'intérêt constant du législateur quant aux besoins des couples mariés. Pour compléter le tableau, je répète qu'en 1975, en définissant le conjoint dans les termes reproduits précédemment, le législateur a étendu les bénéfices de la Loi au-delà des couples mariés pour couvrir les conjoints de fait, et c'est cette définition qui se trouve au centre de la contestation des appelants. Ainsi que je l'ai men-

ular provision. A more comprehensive contextual approach must be taken to determine the relevancy of the personal characteristic in question to the functional values underlying the law. That is how I propose to proceed.

The singling out of legally married and common law couples as the recipients of benefits necessarily excludes all sorts of other couples living together such as brothers and sisters or other relatives, regardless of sex, and others who are not related, whatever reasons these other couples may have for doing so and whatever their sexual orientation. Mahoney J.A., at p. 412 of his reasons in the Court of Appeal, lucidly describes these various couples in the following passage:

Many couples live together in relationships excluded from the definition. Cohabitation by siblings is a commonplace example; persons otherwise related by blood or marriage do so as well and so do persons not related. They do so for countless personal reasons and combinations thereof, for example: mere convenience, the advantage of pooling resources, shared interests, congeniality, friendship and affection not involving sexual attraction, to have someone with them in disability, failing health or in fear of it, or simply to avoid loneliness and seclusion. Unless subjective pressures are in play, sex, whether same or opposite, need not be a consideration in the choice of a live-in companion. There are those, like the appellants, whose sexual orientation is a determining factor in their choice of partner. Many, possibly most, of those couples do not publicly represent themselves as spouses so that they would benefit from the remedy the appellants seek.

What reason or purpose, then, can be assigned to the distinction made by Parliament? It seems to me that it is both obvious and deeply rooted in our fundamental values and traditions, values and traditions that could not have been lost on the framers of the *Charter*. Simply stated, what Parliament clearly had in mind was to accord support to married couples who were aged and elderly, and this for the advancement of public policy central to society. Moreover, in recognition of changing social realities, s. 2 was amended so that whenever

tionné précédemment toutefois, il y a un risque à ne s'attacher qu'à une seule disposition. Il faut plutôt tenir compte du contexte entier pour déterminer la pertinence de la caractéristique personnelle en question quant aux valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi. C'est ainsi que je procéderai.

Le fait de restreindre des bénéficiaires aux couples mariés et aux conjoints de fait exclut nécessairement toute autre forme de couple qui cohabite, comme les frères et sœurs ou autres parents, peu importe le sexe, et les couples qui ne sont pas liés par le sang, quelles que soient leurs raisons et peu importe leur orientation sexuelle. Le juge Mahoney décrit avec lucidité ces différents couples dans le passage suivant de ses motifs (aux pp. 412 et 413):

Un grand nombre de personnes cohabitent à deux, dont les relations sont exclues du champ d'application de la définition. Les frères et sœurs qui cohabitent en sont l'exemple courant; il en est de même des parents ou alliés, et des personnes qui ne sont pas apparentées. Ces gens cohabitent pour une multitude de raisons personnelles, lesquelles sont combinées ou non, par exemple des raisons de simple commodité, l'avantage de la mise en commun des ressources, l'identité d'intérêts, la sympathie, l'amitié et l'affection non sexuelle, l'avantage d'avoir un soutien pour quelqu'un qui est infirme ou malade ou qui craint de tomber malade, ou encore simplement pour éviter la solitude ou l'isolement. À moins de pressions subjectives, il n'est pas nécessaire que le sexe soit un élément à considérer dans le choix d'un ou d'une partenaire. Il y a ceux, comme les appelants, pour lesquels le sexe est le facteur déterminant dans le choix du partenaire. Un grand nombre de couples de ce genre, peut-être la plupart d'entre eux, ne se présentent pas publiquement comme conjoints de manière à bénéficier du redressement que recherchent les appelants.

Quelle raison ou quelle fin peut-on par conséquent prêter à la distinction établie par le législateur? Il me semble qu'elle est évidente et qu'elle a ses racines profondes dans nos valeurs et traditions fondamentales, lesquelles n'auraient pu échapper aux rédacteurs de la *Charte*. En termes simples, ce que le législateur désirait manifestement, c'était consentir un soutien aux couples mariés qui sont âgés afin de promouvoir une politique d'intérêt public primordiale pour la société. En outre, en reconnaissance de l'évolution des réalités sociales,

19

20

the term "spouse" was used in the Act it was to be construed to extend beyond legal married couples to couples in a common law marriage.

21 My colleague Gonthier J. in *Miron v. Trudel* has been at pains to discuss the fundamental importance of marriage as a social institution, and I need not repeat his analysis at length or refer to the authorities he cites. Suffice it to say that marriage has from time immemorial been firmly grounded in our legal tradition, one that is itself a reflection of long-standing philosophical and religious traditions. But its ultimate *raison d'être* transcends all of these and is firmly anchored in the biological and social realities that heterosexual couples have the unique ability to procreate, that most children are the product of these relationships, and that they are generally cared for and nurtured by those who live in that relationship. In this sense, marriage is by nature heterosexual. It would be possible to legally define marriage to include homosexual couples, but this would not change the biological and social realities that underlie the traditional marriage.

22 The marital relationship has special needs with which Parliament and the legislatures and indeed custom and judge-made law have long been concerned. The legal institution of marriage exists both for the protection of the relationship and for defining the obligations that flow from entering into a legal marriage. Because of its importance, legal marriage may properly be viewed as fundamental to the stability and well-being of the family and, as such, as Gonthier J. argued in *Miron v. Trudel*, Parliament may quite properly give special support to the institution of marriage. It is spouses in legal marriage who constitute the bulk of the beneficiaries of spousal allowances.

23 But many of the underlying concerns that justify Parliament's support and protection of legal marriage extend to heterosexual couples who are not legally married. Many of these couples live together indefinitely, bring forth children and care

le législateur a modifié l'art. 2 de façon à ce que, dans la Loi, le terme «conjoint» soit interprété comme visant non seulement les couples mariés, mais également les couples vivant en union de fait.

Dans *Miron c. Trudel*, mon collègue le juge Gonthier a pris grand soin d'analyser l'importance fondamentale du mariage comme institution sociale, et je n'ai pas à reprendre son analyse en longueur ni à renvoyer aux décisions qu'il a citées. Qu'il suffise de dire que le mariage est depuis des temps immémoriaux fermement enraciné dans notre tradition juridique, qui elle-même est le reflet de traditions philosophiques et religieuses anciennes. Mais la véritable raison d'être du mariage les transcende toutes et repose fermement sur la réalité biologique et sociale qui fait que seuls les couples hétérosexuels ont la capacité de procréer, que la plupart des enfants sont le fruit de ces unions et que ce sont ceux qui entretiennent ce genre d'union qui prennent généralement soin des enfants et qui les élèvent. Dans ce sens, le mariage est, de par sa nature, hétérosexuel. On pourrait le définir sur le plan juridique de façon à y inclure les couples homosexuels, mais cela ne changerait pas les réalités biologiques et sociales qui sous-tendent le mariage traditionnel.

L'union conjugale a des besoins particuliers auxquels s'intéressent depuis longtemps le Parlement, les législatures et, de fait, le droit coutumier et le droit prétorien. L'institution juridique qu'est le mariage existe à la fois pour protéger l'union et pour délimiter les obligations qui découlent du mariage. Du fait de son importance, le mariage peut à bon droit être considéré comme primordial pour la stabilité et le bien-être de la famille; à ce titre, comme le juge Gonthier le soutient dans *Miron c. Trudel*, le législateur peut fort bien accorder un soutien particulier à cette institution. Les conjoints unis par le mariage représentent la plus grande partie des bénéficiaires de l'allocation au conjoint.

Or, nombre des raisons qui sous-tendent l'appui et la protection qu'apporte le législateur au mariage se rapportent également aux couples hétérosexuels qui ne sont pas mariés. Un grand nombre de ces couples vivent ensemble indéfiniment, élè-

for them in response to familial instincts rooted in the human psyche. These couples have need for support just as legally married couples do in performing this critical task, which is of benefit to all society. Language has long captured the essence of this relationship by the expression "common law marriage".

Faced with the social reality that increasing numbers choose not to enter a legal marriage but live together in a common law relationship, Parliament has elected to support these relationships. The legal institution of marriage has long been viewed as the fundamental instrument to promote the underlying values I have referred to. But Parliament cannot force people to get married, and I see no reason why it should not take the necessary means to promote the basic social interests and policies that inform the institution of legal marriage through other instrumentalities. Support of common law relationships with a view to promoting their stability seems well devised to advance many of the underlying values for which the institution of marriage exists. For example, children brought up by single parents more often end up in poverty and impose greater burdens on society. Parliament, it seems to me, is wholly justified in extending support to heterosexual couples like this, which is not to say, however, that it is obligated to do so and may not treat married and unmarried couples differently (see the reasons of Gonthier J. in *Miron*).

Viewed in the larger context, then, there is nothing arbitrary about the distinction supportive of heterosexual family units. And for the reasons set forth by Gonthier J. in *Miron*, I am not troubled by the fact that not all these heterosexual couples in fact have children. It is the social unit that uniquely has the capacity to procreate children and generally cares for their upbringing, and as such warrants support by Parliament to meet its needs. This is the only unit in society that expends resources to care for children on a routine and sustained basis. As counsel for the intervenor the

vent des enfants et en prennent soin suivant des instincts familiaux qui prennent racine dans la psyché humaine. Dans l'exercice de cette tâche critique, dont bénéficie l'ensemble de la société, ces couples ont besoin de soutien tout autant que les couples mariés. La langue a depuis longtemps capturé l'essence de cette relation dans l'expression «union de fait».

Face à la réalité sociale du nombre croissant de personnes qui décident de ne pas se marier, mais de vivre ensemble en union de fait, le législateur a choisi d'aider ces personnes. L'institution légale du mariage est depuis longtemps considérée comme un instrument essentiel de promotion des valeurs fondamentales dont j'ai déjà parlé. Cependant, le législateur ne peut forcer les gens à se marier, et je ne vois aucune raison pour laquelle il ne devrait pas prendre les mesures nécessaires pour promouvoir par d'autres moyens les politiques et intérêts sociaux fondamentaux qui fondent l'institution du mariage. L'aide que l'on consacre aux conjoints de fait en vue de favoriser la stabilité de leur union semble être un bon moyen de promouvoir nombre des valeurs fondamentales pour lesquelles l'institution du mariage existe. Par exemple, les enfants élevés par un seul parent aboutissent plus souvent dans la pauvreté et représentent de lourds fardeaux pour la société. Le législateur, me semble-t-il, est parfaitement justifié d'étendre ainsi son aide aux couples hétérosexuels, ce qui ne signifie pas pour autant qu'il est tenu de le faire et qu'il ne peut traiter les couples mariés et les couples non mariés différemment (voir les motifs du juge Gonthier dans *Miron*).

Vu dans un contexte élargi, donc, il n'y a rien d'arbitraire dans la distinction qui a pour objectif d'apporter un soutien aux unités familiales hétérosexuelles. Par ailleurs, pour les motifs exprimés par le juge Gonthier dans l'arrêt *Miron*, je ne suis pas troublé par le fait que ce ne sont pas tous ces couples hétérosexuels qui, en fait, ont des enfants. C'est l'unité sociale qui seule a la capacité de procréer et qui, en général, veille à l'éducation des enfants; à ce titre, elle mérite que le législateur lui offre son soutien de façon à ce qu'elle puisse satisfaire à ses besoins. C'est la seule unité dans la

Inter-Faith Coalition on Marriage and the Family put it, whether the mother or the father leaves the paid work force or whether both parents are paying after-tax dollars for daycare, this is the unit in society that fundamentally anchors other social relationships and other aspects of society. I add that I do not think the courts should attempt to require meticulous line drawing that would ensure that only couples that had children were included. This could impose on Parliament the burden of devising administrative procedures to ensure conformity that could be both unnecessarily intrusive and difficult to administer, thereby depriving Parliament of that "reasonable room to manoeuvre" which this Court has frequently recognized as necessary; see *United States of America v. Cotroni, supra*, at p. 1495, and the cases there cited. This I think is wholly consistent with the workable balance between Parliament and the courts sought to be achieved in *Andrews, supra*, to which I have earlier referred.

société qui consacre tous les jours et de façon constante des ressources au soin des enfants. Ainsi que l'ont dit les avocats de l'intervenant l'Inter-Faith Coalition on Marriage and the Family, peu importe que la mère ou le père quitte le marché du travail ou que les deux parents consacrent une partie de leur revenu après impôt pour les services de garde d'enfants, c'est l'unité dans laquelle sont enracinés d'autres relations sociales et d'autres aspects de la société. J'ajouterai que selon moi les tribunaux ne doivent pas tenter d'exiger une ligne de démarcation bien précise afin que seuls les couples qui ont des enfants soient inclus. Cela pourrait imposer au législateur, pour s'assurer qu'il y ait conformité, le fardeau d'élaborer des procédures administratives qui pourraient être à la fois inutilement envahissantes et difficiles à administrer, et qui le priveraient de ce fait de cette «marge de manoeuvre raisonnable» que notre Cour a fréquemment jugée nécessaire; voir *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, précité, à la p. 1495, et les décisions qui y sont citées. À mon avis, cela est tout à fait conforme à l'équilibre pratique que l'on a tenté d'établir entre le législateur et les tribunaux dans *Andrews*, précité, et dont j'ai parlé précédemment.

26

Neither in its purpose or effect does the legislation constitute an infringement of the fundamental values sought to be protected by the *Charter*. None of the couples excluded from benefits under the Act are capable of meeting the fundamental social objectives thereby sought to be promoted by Parliament. These couples undoubtedly provide mutual support for one another, and that, no doubt, is of some benefit to society. They may, it is true, occasionally adopt or bring up children, but this is exceptional and in no way affects the general picture. I fail to see how homosexuals differ from other excluded couples in terms of the fundamental social reasons for which Parliament has sought to favour heterosexuals who live as married couples. Homosexual couples, it is true, differ from other excluded couples in that their relationships include a sexual aspect. But this sexual aspect has nothing to do with the social objectives for which Parliament affords a measure of support to married

Ni dans son objectif, ni dans son effet, la loi ne constitue-t-elle une violation des valeurs fondamentales que la *Charte* tente de protéger. Aucun des couples exclus des bénéfices prévus dans la Loi ne peut satisfaire aux objectifs sociaux fondamentaux que le législateur cherche ainsi à promouvoir. Les personnes qui forment ces couples s'apportent sans contredit un soutien mutuel, ce qui est sans aucun doute bénéfique pour la société. À l'occasion, elles peuvent, il est vrai, adopter ou élever des enfants, mais cela demeure exceptionnel et ne change d'aucune façon le portrait d'ensemble. Je ne vois pas comment les homosexuels diffèrent des autres couples exclus sur le plan des raisons sociales fondamentales pour lesquelles le législateur a tenté d'avantager les hétérosexuels qui vivent comme couples mariés. Certes, les couples homosexuels sont différents des autres couples exclus en ce que leur relation comporte un aspect sexuel. Cet aspect n'a toutefois rien à voir avec les

couples and those who live in a common law relationship.

In a word, the distinction made by Parliament is grounded in a social relationship, a social unit that is fundamental to society. That unit, as I have attempted to explain, is unique. It differs from all other couples, including homosexual couples. Other excluded couples, it is true, do not have to be described by reference to sex or sexual preferences, but this is of no moment. The distinction adopted by Parliament is relevant, indeed essential, to describe the relationship in the way the statute does so as to differentiate the couples described in the statute from all couples that do not serve the social purposes for which the legislature has made the distinction. Homosexual couples are not, therefore, discriminated against; they are simply included with these other couples.

I add that this distinction exists in a plethora of statutes, both federal and provincial, and, indeed, it directly or indirectly forms the substratum of an abundance of legal principles and rules at common law and under the civil law system. I realize, of course, that the distinction could in certain circumstances be used in a discriminatory manner, but that is not this case. It is relevant here to describe a fundamental social unit, indeed the fundamental unit in society, to which some measure of support is given. I add, interstitially, that this support does not exacerbate an historic disadvantage; rather it ameliorates an historic economic disadvantage, both for couples who are legally married and those who live in a common law relationship. If the distinction is thought to be irrelevant here, this would, in my view, mean that the courts would have to embark upon a s. 1 justification every time a distinction was made on the basis of marriage, legal or common law. Moreover, it would interfere with the appropriate balance between legislative and judicial power described in *Andrews*, which I have discussed earlier in these reasons.

Had I concluded that the impugned legislation infringed s. 15 of the *Charter*, I would still uphold

objectifs sociaux pour lesquels le législateur offre une mesure de soutien aux couples mariés et à ceux qui vivent en union de fait.

Bref, la distinction établie par le législateur est fondée sur une relation sociale, une unité sociale fondamentale pour la société. Cette unité, comme j'ai tenté de l'expliquer, est unique. Elle se distingue de tous les autres couples, y compris des couples homosexuels. D'autres groupes exclus, il est vrai, n'ont pas à être décrits par renvoi au sexe ou aux préférences sexuelles, mais cela n'a guère d'importance. La distinction qu'a adoptée le législateur est pertinente, voire essentielle, pour décrire la relation, comme le fait la loi, de façon à distinguer les couples qui y sont décrits de tous les couples qui ne servent pas les objectifs sociaux pour lesquels le législateur a établi la distinction. Aussi, les couples homosexuels ne sont-ils pas victimes de discrimination; ils sont simplement inclus avec ces autres couples.

J'ajouterai que cette distinction existe dans un grand nombre de lois, tant fédérales que provinciales et, de fait, elle forme directement ou indirectement l'assise de nombreux principes juridiques et règles de common law et de droit civil. Je me rends bien compte que la distinction pourrait dans certaines circonstances être utilisée d'une manière discriminatoire, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. Il y a lieu ici de décrire une unité sociale fondamentale, en fait, l'unité fondamentale dans la société, qui jouit d'un certain soutien. J'ajouterai, entre parenthèses, que ce soutien n'amplifie pas un désavantage historique; il atténue plutôt un désavantage économique historique pour les couples mariés et pour ceux qui vivent en union de fait. Si la distinction était jugée non pertinente en l'espèce, cela signifierait, à mon avis, que les tribunaux doivent entreprendre une justification fondée sur l'article premier chaque fois qu'une distinction est établie sur le fondement du mariage ou de l'union de fait. Ce serait là une immixtion dans le juste équilibre entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire décrit dans *Andrews*, que j'ai analysé antérieurement dans les présents motifs.

Si j'avais conclu que la disposition contestée violait l'art. 15 de la *Charte*, je la maintiendrais en

27

28

29

it under s. 1 of the *Charter* for the considerations set forth in my reasons in *McKinney*, *supra*, especially at pp. 316-18, some of which are referred to in the reasons of my colleague Justice Sopinka, as well as for those mentioned in my discussion of discrimination in the present case.

30 I would dismiss the appeal and would answer the constitutional questions as follows:

Question 1: Does the definition of "spouse" in s. 2 of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, infringe or deny s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

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

Answer: Assuming it is an infringement, it is justifiable under s. 1 of the *Charter*.

The following are the reasons delivered by

31 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This appeal raises the question of whether a legislative distinction that limits eligibility for a spousal supplement under the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, to "opposite sex" spouses is discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether it is saved by s. 1 of the *Charter*. Although I agree with much of what is said by my colleagues Justices Cory and Iacobucci, as well as with the result they reach, I have some concerns as to the proper approach to be taken to s. 15 of the *Charter*, which I shall outline below.

I. Analysis

32 There is no more important task in approaching any *Charter* right than that of characterizing prop-

vertu de l'article premier de la *Charte* pour les considérations que j'ai énoncées dans *McKinney*, précité, particulièrement aux pp. 316 à 318, auxquelles se reportent en partie mon collègue le juge Sopinka, de même que pour celles dont j'ai fait état dans mon analyse de la discrimination en l'espèce.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de donner les réponses suivantes aux questions constitutionnelles:

Question 1: La définition de «conjoint», à l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, porte-t-elle atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Question 2: Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: À supposer qu'il y ait violation, elle est justifiable au regard de l'article premier de la *Charte*.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — La question en litige dans ce pourvoi est de savoir si la distinction législative qui restreint aux conjoints «de sexe opposé» l'admissibilité à un supplément au conjoint sous le régime de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, est discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si elle est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Bien que je souscrive en grande partie aux propos de mes collègues les juges Cory et Iacobucci, de même qu'au résultat auquel ils en arrivent, j'ai toutefois quelques préoccupations quant à la façon appropriée d'aborder l'art. 15 de la *Charte*, dont je traiterai ci-après.

I. Analyse

La tâche la plus importante dans l'analyse d'un droit garanti par la *Charte* est de bien cerner son

erly its purpose: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. Defining with accuracy and sensitivity the purpose of a particular right is, in short, the starting point for rights analysis. By implication, a right is said to be violated when the purpose of that right is denied, undermined, or frustrated by legislative action. Disagreement, no matter how small, at the foundational level of establishing the right's purpose will only magnify over time in terms of how that right is applied. More difficult cases, quite naturally, will only make these differences more apparent. I believe that this phenomenon is beginning to manifest itself in the divergent approaches to s. 15 taken in recent cases before this Court, of which this case, *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, and *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627, are no exception. The emergence of these differences suggests to me that we may not necessarily be operating with the same underlying purpose in mind. For s. 15 jurisprudence to continue to develop along principled lines, I believe that two things are necessary: (1) we must revisit the fundamental purpose of s. 15; and (2) we must seek out a means by which to give full effect to this fundamental purpose. I set out below my efforts to begin this dialogue.

A. *The Purpose of Section 15*

Section 15 does not guarantee the complete absence of distinctions. Nor, for that matter, does it guarantee equality in the abstract. Indeed, as this Court recognized in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 169, "for the accommodation of differences, which is the essence of true equality, it will frequently be necessary to make distinctions". The key, then, is to define when those distinctions are constitutionally permissible, and when they are not.

As an important starting point to evaluating the purpose of s. 15(1), we need look no further than its text. It reads:

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

objectif: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Le point de départ de toute analyse en matière de droits est, en bref, de définir avec exactitude et sensibilité l'objectif d'un droit précis. Implicitement, on dit qu'un droit est violé lorsque l'objectif de ce droit est nié, miné ou contrecarré par une mesure législative. Un désaccord, aussi minime soit-il, à l'étape fondamentale de la définition de l'objectif du droit, ne peut que s'amplifier avec le temps sur le plan de l'application de ce droit. Naturellement, les cas plus complexes ne feront que rendre ces différences plus évidentes. Je crois que ce phénomène a déjà commencé à se manifester dans les conceptions divergentes que notre Cour a adoptées à l'égard de l'art. 15 dans des affaires récentes, et auxquelles la présente affaire, *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, et *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, ne font pas exception. L'émergence de ces différences me porte à croire que nous n'avons peut-être pas nécessairement le même objectif fondamental à l'esprit. Pour que la jurisprudence relative à l'art. 15 continue de se développer selon une méthode fondée sur des principes, il faut à mon avis deux choses: (1) revoir l'objectif fondamental de l'art. 15, et (2) concevoir un moyen de le rendre pleinement effectif. Ce qui suit explique comment je tente d'ouvrir ce dialogue.

A. *L'objectif de l'art. 15*

L'article 15 ne garantit pas l'absence totale de distinctions ni, quant à cela, l'égalité dans l'abs-trait. De fait, comme notre Cour l'a reconnu dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 169, «le respect des différences, qui est l'essence d'une véritable égalité; exige souvent que des distinctions soient faites». La clé consiste donc à tamiser les cas où de telles distinctions sont acceptables sur le plan constitutionnel et les cas où elles ne le sont pas.

Dès le départ il est important, afin de bien définir l'objectif du par. 15(1), de nous reporter à son texte:

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

33

34

ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability. [Emphasis added.]

It is plain from the language of s. 15 that its fundamental purpose is to guarantee to all individuals a certain kind of equality: equality without discrimination. By implication, where “discrimination” is not present, then the *Charter* guarantee of equality is satisfied. The nine “grounds” enumerated after this basic guarantee of freedom from discrimination are particular applications and illustrations of the ambit of s. 15. They are not the guarantee itself.

35

If the fundamental purpose of s. 15 is to guarantee equality “without discrimination”, then it follows that the pivotal question is, “How do we define ‘discrimination’?” Under the approach set out in *Andrews*, this Court has sought to define “discrimination” by reference to the nine grounds enumerated in s. 15(1) as well as by reference to “analogous grounds”, which embody characteristics seen to be held in common by the enumerated grounds. As several commentators have suggested, and as I shall argue shortly, this is an indirect means by which to define discrimination. A preferable approach would be to give independent content to the term “discrimination”, and to develop s. 15 along the lines of that definition. In so doing, however, we must heed the warning sounded by Professor C. Lynn Smith in “Judicial Interpretation of Equality Rights Under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: Some Clear and Present Dangers” (1988), 23 *U.B.C. L. Rev.* 65, at p. 86:

... I think that there is a real risk that if the courts continue to review all claims which the ingenious legal mind can create, and if the courts decide that the standard of review will be the same no matter what the claim, then that standard will tend toward the lowest common denominator, or at least toward the standard appropriate to the bulk of the cases being brought. Such a standard will not be a high one — that is, it will be an easy one for government to pass. This tendency, if it occurs, will then result in a watered-down level of protection for all claims. [Emphasis added.]

fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. [Je souligne.]

Il ressort clairement de ce texte que son objectif fondamental est de garantir à tous une certaine forme d'égalité: l'égalité indépendamment de toute discrimination. Implicitement, en l'absence de «discrimination», la garantie d'égalité prévue par la *Charte* est respectée. Les neuf «motifs» énumérés à la suite de la garantie fondamentale de protection contre toute discrimination sont des applications et des illustrations particulières de la portée de l'art. 15. Ils ne sont pas la garantie elle-même.

Si l'article 15 a pour objectif fondamental de garantir l'égalité «indépendamment de toute discrimination», la question centrale est donc celle-ci: «Comment définir le terme «discrimination»»? Suivant la conception énoncée dans l'arrêt *Andrews*, notre Cour a tenté de définir la «discrimination» en fonction des neuf motifs énumérés au par. 15(1) et des «motifs analogues» réunissant des caractéristiques jugées communes aux motifs énumérés. Comme nombre de commentateurs l'ont donné à entendre, et comme je le soutiendrai plus loin, c'est là une façon indirecte de définir la discrimination. Une approche qui me paraît préférable serait de donner un contenu indépendant au terme «discrimination» et d'élaborer l'analyse fondée sur l'art. 15 à partir de cette définition. Ce faisant, toutefois, nous devons prendre note de la mise en garde formulée par le professeur C. Lynn Smith dans «Judicial Interpretation of Equality Rights Under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: Some Clear and Present Dangers» (1988), 23 *U.B.C. L. Rev.* 65, à la p. 86:

[TRADUCTION] . . . à mon avis, si les tribunaux continuent d'examiner toutes les demandes qu'un esprit juridique ingénieux peut imaginer, et s'ils décident que la norme d'examen est la même quelle que soit la demande, alors cette norme risque véritablement de tendre vers le plus petit dénominateur commun, ou à tout le moins vers une norme qui sied à la plus grande partie des actions intentées. Une telle norme ne sera guère élevée — c'est-à-dire que le gouvernement pourra facilement y satisfaire. Si elle se réalise, cette tendance affaiblira le degré de protection relativement à toutes les demandes. [Je souligne.]

In short, the standard must not be so broad or vague as to risk undermining in practice the very purposes that s. 15 is intended to further.

This Court has recognized that inherent human dignity is at the heart of individual rights in a free and democratic society: *Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 336 (*per* Dickson J. (as he then was)). More than any other right in the *Charter*, s. 15 gives effect to this notion. Building upon this foundation, I believe that the essence of “discrimination” was largely captured by McIntyre J., speaking for the majority of the Court on this point, in *Andrews*, *supra*, at p. 171:

It is clear that the purpose of s. 15 is to ensure equality in the formulation and application of the law. The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. [Emphasis added.]

Equality, as that concept is enshrined as a fundamental human right within s. 15 of the *Charter*, means nothing if it does not represent a commitment to recognizing each person’s equal worth as a human being, regardless of individual differences. Equality means that our society cannot tolerate legislative distinctions that treat certain people as second-class citizens, that demean them, that treat them as less capable for no good reason, or that otherwise offend fundamental human dignity. In a similar vein, I refer to the words of Wilson J. in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 387 (dissenting, but not on this point):

It is, I think, now clearly established that what lies at the heart of s. 15(1) is the promise of equality in the sense of freedom from the burdens of stereotype and prejudice in all their subtle and ugly manifestations. However, the nature of discrimination is such that attitudes rather than laws or rules may be the source of the discrimination. [Emphasis added.]

En somme, la norme ne doit pas être générale et vague au point de risquer, en pratique, de saper les objectifs mêmes que l’art. 15 vise à promouvoir.

Notre Cour a reconnu que la dignité inhérente à la personne humaine est au cœur des droits individuels dans une société libre et démocratique: *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 336 (le juge Dickson (plus tard Juge en chef)). Plus que tout autre droit garanti par la *Charte*, l’art. 15 affirme cette notion. À partir de cette prémisse, je crois que le juge McIntyre, qui s’exprimait au nom de la majorité de la Cour sur ce point dans l’arrêt *Andrews*, précité, à la p. 171, a saisi en grande partie l’essence de la «discrimination»:

Il est clair que l’art. 15 a pour objet de garantir l’égalité dans la formulation et l’application de la loi. Favoriser l’égalité emporte favoriser l’existence d’une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. [Je souligne.]

L’égalité, au sens où ce concept est consacré à titre de droit fondamental de la personne à l’art. 15 de la *Charte*, ne signifie rien s’il n’est pas l’expression d’un engagement à reconnaître la valeur égale de chacun en tant qu’être humain, indépendamment des différences individuelles. L’égalité signifie que notre société ne peut tolérer les distinctions législatives qui traitent certaines personnes comme des citoyens de second rang, qui les diminuent ou les traitent comme si elles étaient moins capables sans raison valable, ou qui par ailleurs offensent la dignité humaine fondamentale. Dans la même veine, je renvoie aux propos du juge Wilson dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 387 (dissidente, mais non sur ce point):

Je pense qu’il est maintenant clairement établi qu’au cœur du par. 15(1) se trouve la promesse d’une égalité au sens d’une libération du poids des stéréotypes et des préjugés sous toutes leurs formes subtiles et répugnantes. Cependant, la nature de la discrimination est telle que des attitudes plutôt que des lois ou des règles peuvent être à l’origine de la discrimination. [Je souligne.]

37 We can further inform our understanding of the purpose of s. 15 by recognizing what it is not. The *Charter* is a document of civil, political and legal rights. It is not a charter of economic rights. This is not to say, however, that economic prejudices or benefits are irrelevant to determinations under s. 15 of the *Charter*. Quite the contrary. Economic benefits or prejudices are relevant to s. 15, but are more accurately regarded as symptomatic of the types of distinctions that are at the heart of s. 15: those that offend inherent human dignity.

38 Finally, we must bear in mind that it has been recognized by this Court that an important, though not necessarily exclusive, purpose of s. 15 is the prevention or reduction of distinctions that may worsen the circumstances of those who have already suffered marginalization or historical disadvantage in our society: *Andrews, supra*; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296. See also Lepofsky, "The Canadian Judicial Approach to Equality Rights: Freedom Ride or Rollercoaster?" (1992), 1 *N.J.C.L.* 315. In many ways, this recognition flows from the fact that discrimination is as much an effect as a purpose, and that those individuals and groups that are more vulnerable in society are also more likely to experience the effects of a distinction more severely. This important relationship was recognized in Judge Abella's groundbreaking *Report of the Commission on Equality in Employment* (1984), at p. 9:

The impact of behaviour is the essence of "systemic discrimination". It suggests that the inexorable, cumulative effect on individuals or groups of behaviour that has an arbitrarily negative impact on them is more significant than whether the behaviour flows from insensitivity or intentional discrimination. . . .

The effect of the system on the individual or group, rather than its attitudinal sources, governs whether or not a remedy is justified. [Emphasis added.]

As such, s. 15 requires that we place both the group and the particular distinction adversely affecting that group within the "social, political

Nous pouvons définir plus avant l'objectif de l'art. 15 en précisant ce qu'il n'est pas. La *Charte* est un document qui reconnaît des droits civils, politiques et juridiques. Ce n'est pas une charte de droits économiques. Ce qui ne signifie pas, toutefois, que les préjudices ou avantages économiques ne sont pas pertinents dans les décisions fondées sur l'art. 15 de la *Charte*, bien au contraire. Ils sont pertinents, mais sont plus justement considérés comme des symptômes des formes de distinctions qui sont au cœur de l'art. 15: celles qui offensent la dignité inhérente à la personne humaine.

Enfin, nous ne devons pas oublier que notre Cour a reconnu que la prévention ou la diminution du nombre de distinctions qui risquent d'aggraver la situation de ceux qui sont déjà victimes d'une marginalisation ou d'un désavantage historique dans notre société est un objectif important de l'art. 15, quoique non nécessairement exclusif: *Andrews*, précité; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296. Voir également Lepofsky, «The Canadian Judicial Approach to Equality Rights: Freedom Ride or Rollercoaster?» (1992), 1 *N.J.C.L.* 315. À beaucoup d'égards, cette constatation procède du fait que la discrimination est un effet tout autant qu'elle est un objectif et que les particuliers et les groupes qui sont plus vulnérables dans la société sont également davantage susceptibles de ressentir plus vivement les effets d'une distinction. Cette importante corrélation a été reconnue dans le rapport innovateur du juge Abella, le *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi* (1984), aux pp. 9 et 10:

Ce sont les conséquences qui constituent l'essentiel de la «discrimination systémique». Cette dernière suggère qu'il est plus important de se pencher sur l'incidence inexorable de la discrimination sur les particuliers ou les groupes que de chercher à savoir s'il s'agit de discrimination insouciance ou intentionnelle. . . .

Ce sont les répercussions du système, plutôt que les attitudes qui sont à la source, qui justifient l'adoption de mesures correctives. [Je souligne.]

À ce titre, l'art. 15 requiert que l'on tienne compte de la place qu'occupent dans «les contextes social, politique et juridique de notre société» tant le

and legal fabric of our society”: *Andrews, supra*, at p. 152.

To summarize, at the heart of s. 15 is the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as equal human beings, equally capable, and equally deserving. A person or group of persons has been discriminated against within the meaning of s. 15 of the *Charter* when members of that group have been made to feel, by virtue of the impugned legislative distinction, that they are less capable, or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration. These are the core elements of a definition of “discrimination” — a definition that focuses on impact (i.e. discriminatory effect) rather than on constituent elements (i.e. the grounds of the distinction).

Three clarifications should be made at this juncture. First, I acknowledge that the above definition essentially tries to put into words the notion of fundamental human dignity. Dignity being a notoriously elusive concept, however, it is clear that this definition cannot, by itself, bear the weight of s. 15’s task on its shoulders. It needs precision and elaboration. I shall attempt to demonstrate shortly how this approach to discrimination can find more concrete and principled expression using many of the criteria that have in the past proven themselves to be highly apposite under the approach taken by this Court in *Andrews*. As such, it will become evident that the approach I suggest is far less a departure from that developed in *Andrews* than may appear at first blush. I believe many of those analytical tools to be valid. The problem, in my mind, lies not with the tools but with the framework within which they have in the past been employed. In short, if the framework is not perfectly suited for the tools, then we do not use the tools to their full potential.

Second, I note that although the utopian ideal would be a society in which nobody is made to feel

groupe que la distinction qui lui cause préjudice: *Andrews*, précité, à la p. 152.

Bref, au cœur de l’art. 15 se situe la promotion d’une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît en tant qu’êtres humains égaux, tous aussi capables et méritants les uns que les autres. Une personne ou un groupe de personnes est victime de discrimination au sens de l’art. 15 de la *Charte* si, du fait de la distinction législative contestée, les membres de ce groupe ont l’impression d’être moins capables ou de moins mériter d’être reconnus ou valorisés en tant qu’êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. Ce sont là les éléments essentiels de la définition de la «discrimination» — une définition qui insiste davantage sur l’impact (c’est-à-dire l’effet discriminatoire) que sur les éléments constitutifs (c’est-à-dire les motifs de la distinction).

À ce moment-ci, il y a lieu d’apporter trois précisions. Premièrement, je reconnais que la définition qui précède tente essentiellement de traduire la notion de dignité humaine fondamentale. La dignité étant cependant un concept notoirement vague, il est évident que cette définition ne saurait, en soi, porter sur ses épaules le poids de la tâche qui relève de l’art. 15. Elle doit être précisée et approfondie. Je tenterai de démontrer comment cette conception de la discrimination peut se traduire de façon plus concrète et davantage fondée sur des principes en utilisant un bon nombre des critères qui se sont révélés dans le passé fort opportuns dans le contexte de la démarche suivie par notre Cour dans l’arrêt *Andrews*. À cet égard, il deviendra évident que l’approche que je suggère s’écarte beaucoup moins de celle qui a été élaborée dans l’arrêt *Andrews* qu’on pourrait le croire à première vue. Nombre de ces outils analytiques sont à mon avis valides. La difficulté, à mon sens, ne réside pas tant dans les outils que dans le cadre dans lequel ils ont été utilisés dans le passé. Bref, si le cadre ne convient pas parfaitement aux outils, alors on ne tire pas parti de leur plein potentiel.

Deuxièmement, je remarque que, bien qu’un idéal utopique consisterait en une société où per-

39

40

41

debased, devalued or denigrated as a result of legislative distinctions, such an ideal is clearly unrealistic. The guarantee against discrimination cannot possibly hold the state to a standard of conduct consistent with its most sensitive citizens. Clearly, a measure of objectivity must be incorporated into this determination. This being said, however, it would be ironic and, in large measure, self-defeating to the purposes of s. 15 to assess the absence or presence of discriminatory impact according to the standard of the “reasonable, secular, able-bodied, white male”. A more appropriate standard is subjective-objective — the reasonably held view of one who is possessed of similar characteristics, under similar circumstances, and who is dispassionate and fully apprised of the circumstances. The important principle, however, which this Court has accepted, is that discriminatory effects must be evaluated from the point of view of the victim, rather than from the point of view of the state.

sonne ne se sentirait rabaissé, dévalorisé ou dénigré du fait de distinctions d’origine législative, cet idéal est nettement irréaliste. La garantie de protection contre toute discrimination ne peut absolument pas imposer à l’État une norme de conduite qui soit fonction de ses citoyens les plus fragiles. De toute évidence, on doit assortir cette détermination d’une dose d’objectivité. Cela étant dit, il serait en revanche paradoxal et, dans une grande mesure, néfaste pour les objectifs de l’art. 15, d’évaluer l’absence ou l’existence d’un effet discriminatoire suivant la norme de l’«homme blanc, raisonnable, laïc et robuste». La norme subjective-objective est plus appropriée — l’opinion raisonnable d’une personne qui possède des caractéristiques semblables dans une situation semblable, et qui est objective et bien informée des circonstances. Le principe important que notre Cour a reconnu, cependant, est que les effets discriminatoires doivent être considérés du point de vue de la victime plutôt que de celui de l’État.

42 Third, I feel compelled to comment on the role of “relevance” in s. 15. Relevance has been advocated by commentators such as Professor Gibson as a means of rendering s. 15 more open-ended, so as to extend its ambit beyond that endorsed by this Court in *Andrews*. If I understand him correctly, he would treat “irrelevance” as an integral aspect of a finding of discrimination. See Gibson, “Equality for Some” (1991), 40 *U.N.B.L.J.* 2; “Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772; *The Law of the Charter: Equality Rights* (1990). Although I commend his efforts to ensure that s. 15 not be overly limited in its scope, I cannot agree with the means by which he seeks to achieve such open-endedness.

Troisièmement, je me sens tenue de commenter le rôle de la «pertinence» dans le cadre de l’art. 15. La pertinence a été invoquée par des auteurs comme le professeur Gibson en tant que moyen de rendre la portée de l’art. 15 encore moins limitative de façon à étendre son champ d’application au-delà de celui que notre Cour a approuvé dans l’arrêt *Andrews*. Si je le comprends bien, cet auteur traiterai la «non-pertinence» comme un aspect intégral de la conclusion portant qu’il y a discrimination. Voir Gibson, «Equality for Some» (1991), 40 *R.D. U.N.-B.* 2; «Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772; *The Law of the Charter: Equality Rights* (1990). Si je loue ses efforts pour faire en sorte que l’art. 15 ne soit pas d’une portée excessivement limitée, je ne saurais toutefois être d’accord avec le moyen par lequel il tente de lui attribuer cette nature non limitative.

43 Briefly put, my concern is that “relevance” is a double-edged sword. Although there will certainly be instances in which irrelevant distinctions will trigger s. 15 scrutiny where s. 15 might not otherwise have been engaged, I find it equally easy to

Brièvement, je crains que la «pertinence» ne soit un couteau à deux tranchants. Bien qu’il puisse certainement arriver que des distinctions non pertinentes déclenchent l’examen fondé sur l’art. 15 alors que celui-ci n’aurait pas été invoqué autre-

envisage des situations où la pertinence sera utilisée pour refuser des protections en vertu de l'art. 15 à des groupes qui ne le méritent pas. En particulier, où une distinction est pertinente à l'égard de l'objectif de la loi, elle n'est pas discriminatoire aux fins de l'art. 15. À mon avis, une telle conception épouse une perspective beaucoup trop étroite de la discrimination. Par définition, la pertinence ne peut être appréciée que par rapport à l'objectif de la loi contestée. Elle néglige donc la possibilité qu'une distinction, pertinente quant à l'objectif de la loi, ait néanmoins un effet discriminatoire. Si l'article 15 consacre l'égalité de la valeur et de la dignité des êtres humains, ce serait faire obstacle à ce sens d'égalité de valeur que de conclure qu'il n'a pas été attaqué pour la seule raison que la distinction créée par la loi a un rapport avec quelque fin législative légitime. Qui sommes-nous, par exemple, pour dire à des personnes de plus de 65 ans que, la retraite obligatoire étant pertinente pour de nombreux objectifs sociaux importants, elles ne peuvent raisonnablement se sentir diminuées en tant qu'êtres humains par la loi qui impose cette retraite obligatoire?

Using relevance to define the absence or presence of discrimination raises other difficulties. It is no good, for instance, for a distinction to be relevant to a legislative purpose if that purpose is, itself, discriminatory. Moreover, including a "relevance" test within a s. 15 determination would place the onus on the rights claimant to characterize properly the purpose of the legislation which it claims is irrelevant to the impugned distinction. This strikes me as undesirable, since between the rights claimant and the government, the government is clearly in the superior position to characterize properly the purpose of its own legislation. Moreover, it is unclear to me what standard of relevance would be appropriate for such a determination. To find a distinction to be discriminatory, it seems quite reasonable, for instance, to require a lesser degree of irrelevance where the consequences of the distinction on the affected individuals are severe than where they are minimal. Finally, a "relevancy" standard would appear to impose an internal limitation on s. 15 that does not

ment, j'estime tout aussi facile d'envisager des situations où on aura recours à la pertinence pour nier les protections prévues à l'art. 15 à des groupes qui par ailleurs les méritent. En particulier, lorsqu'une distinction est pertinente quant à l'objectif de la loi, elle n'est pas discriminatoire aux fins de l'art. 15. À mon avis, une telle conception épouse une perspective beaucoup trop étroite de la discrimination. Par définition, la pertinence ne peut être appréciée que par rapport à l'objectif de la loi contestée. Elle néglige donc la possibilité qu'une distinction, pertinente quant à l'objectif de la loi, ait néanmoins un effet discriminatoire. Si l'article 15 consacre l'égalité de la valeur et de la dignité des êtres humains, ce serait faire obstacle à ce sens d'égalité de valeur que de conclure qu'il n'a pas été attaqué pour la seule raison que la distinction créée par la loi a un rapport avec quelque fin législative légitime. Qui sommes-nous, par exemple, pour dire à des personnes de plus de 65 ans que, la retraite obligatoire étant pertinente pour de nombreux objectifs sociaux importants, elles ne peuvent raisonnablement se sentir diminuées en tant qu'êtres humains par la loi qui impose cette retraite obligatoire?

Le recours à la notion de pertinence pour se prononcer sur l'existence ou l'absence de discrimination soulève d'autres difficultés. Il ne sert à rien, par exemple, qu'une distinction soit pertinente relativement à un objectif législatif si celui-ci est en soi discriminatoire. En outre, inscrire un critère de «pertinence» dans le cadre d'une décision fondée sur l'art. 15 imposerait à celui qui fait valoir un droit le fardeau de qualifier avec justesse l'objectif législatif qui, à son avis, n'est pas pertinent dans le cas de la loi contestée. Cela me paraît peu souhaitable puisque, entre la personne qui se réclame d'un droit et le gouvernement, ce dernier est manifestement mieux à même de qualifier avec justesse l'objectif de sa propre loi. Du reste, je ne sais pas exactement quelle norme de pertinence serait appropriée dans le cadre d'une telle détermination. Pour conclure qu'une distinction est discriminatoire, il semble tout à fait raisonnable, par exemple, d'exiger une mesure de non-pertinence moins élevée lorsque les conséquences de la distinction sur les individus touchés sont graves, que

arise naturally from its plain language. Given that the decision to impose a limitation at the level of the right itself has consequences in terms of who must bear the onus of overcoming the limitation, this Court has consistently eschewed imposing internal limitations on rights wherever possible: *Andrews, supra*, at p. 178.

45 In sum, I believe that it is more accurate and more desirable to treat relevance as, in fact, a justification for distinctions that have a discriminatory impact on persons or groups, to be considered under s. 1 of the *Charter*. I shall elaborate upon this matter below.

B. Giving Effect to the Purpose of Section 15

46 I will first discuss why I believe that the current vehicle of choice for fulfilling the purposes of s. 15, the "grounds" approach, is incapable of giving full effect to this purpose. I will then elaborate upon an approach that I believe to be more capable of enabling s. 15 to realize its full potential.

(i) The Imperfect Vehicle of "Grounds"

47 In order to realize fully the purpose of *Charter* rights, it is necessary to look to the effects of impugned legislative actions. In the context of s. 15, no intention to discriminate need be demonstrated in order to render a particular distinction discriminatory. In *Andrews, supra*, in the course of his discussion on the nature of discrimination, McIntyre J. referred to the conclusions of this Court in the human rights case of *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536. I believe the following observation, at p. 173 of *Andrews*, to be at the core of this Court's philosophy regarding the notion of discrimination:

... no intent was required as an element of discrimination, for it is in essence the impact of the discriminatory

lorsque les conséquences sont négligeables. Enfin, une norme de «pertinence» paraît imposer à l'art. 15 une restriction interne qui ne découle pas naturellement de son sens manifeste. Étant donné que la décision d'imposer une restriction quant au droit lui-même a des conséquences sur la question de savoir à qui incombe la tâche de surmonter cette restriction, notre Cour a toujours évité, dans la mesure du possible, de fixer des limites internes aux droits: *Andrews*, précité, à la p. 178.

Bref, je crois davantage exact et souhaitable de traiter la pertinence comme une justification des distinctions qui ont un effet discriminatoire sur des personnes ou sur des groupes, et de la considérer sous le régime de l'article premier de la *Charte*. Je traiterai de cette question plus en détail ci-après.

B. Réalisation de l'objectif de l'art. 15

Je discuterai d'abord de la raison pour laquelle je crois que l'outil couramment privilégié pour réaliser les objectifs de l'art. 15, la méthode des «motifs», est incapable de donner plein effet à ces objectifs. Je m'attarderai ensuite sur une démarche qui me semble davantage permettre à l'art. 15 de réaliser son plein potentiel.

(i) L'outil imparfait des «motifs»

Pour réaliser pleinement l'objectif des droits garantis par la *Charte*, il faut considérer les effets des mesures législatives contestées. Dans le contexte de l'art. 15, il n'est pas nécessaire de démontrer une intention de discriminer pour qu'une distinction donnée soit jugée discriminatoire. Dans *Andrews*, précité, dans le cadre d'une analyse de la nature de la discrimination, le juge McIntyre a renvoyé aux conclusions de notre Cour dans l'affaire des droits de la personne, *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536. J'estime que le commentaire suivant, à la p. 173 de l'arrêt *Andrews*, se situe au cœur de la philosophie de notre Cour concernant la notion de discrimination:

... l'intention n'était pas requise comme élément de la discrimination puisque c'est essentiellement l'effet de la

act or provision upon the person affected which is decisive in considering any complaint. [Emphasis added.]

It is here, however, that the emphasis on grounds and, correspondingly, on “analogous grounds”, developed in *Andrews* runs into the greatest difficulty. Rather than focus on “discrimination” directly, the “grounds” approach focuses courts’ attentions on the types of grounds which may be a basis for a finding of discrimination. Because a finding that a ground is either enumerated or analogous is a necessary pre-condition for a finding of discrimination, most analysis is devoted toward characterizing the basis for the distinction and, if the basis is not an enumerated ground, deciding whether the ground is “analogous”. This approach inquires into whether the characteristics of the ground are sufficient to constitute a basis for discrimination, rather than into the absence or presence of discriminatory effects themselves.

We must remember that the grounds in s. 15, enumerated and analogous, are instruments for finding discrimination. They are a means to an end. By focusing almost entirely on the nature, content and context of the disputed ground, however, we have begun to approach it as an end, in and of itself. Such an approach, in effect, approaches s. 15 not by giving primacy to the word “discrimination”, but rather by giving primacy to the nine enumerated grounds. In essence, it defines the preconditions to when discrimination will be present exclusively by reference to qualities seen generally to reside in those grounds.

It is obvious that this Court could not have adopted an enumerated and analogous grounds approach if, instead of there being nine enumerated grounds in s. 15(1), there had been none. Would the absence of “particularities” in s. 15(1) have changed the basic guarantee of equality without discrimination? In the alternative, what would have happened under the “analogous grounds” approach if, instead of setting out nine enumerated grounds, s. 15(1) had set out only three or four? What if, furthermore, religion was not one of

disposition ou de la mesure discriminatoire sur la personne touchée qui est déterminant dans l’examen de toute plainte. [Je souligne.]

C’est ici, toutefois, que l’accent mis sur les motifs et, partant, sur les «motifs analogues», élaborés dans *Andrews*, se heurte à la plus vive difficulté. Plutôt que de s’intéresser directement à la «discrimination», la méthode des «motifs» fixe l’attention des tribunaux sur les catégories de motifs sur lesquels peut se fonder une conclusion de discrimination. Puisque cette conclusion doit nécessairement être précédée de la conclusion que le motif est énuméré ou analogue, on consacre la plus grande partie de l’analyse à qualifier le fondement de la distinction et, s’il ne s’agit pas d’un motif énuméré, à déterminer s’il est «analogue». Suivant cette méthode, on détermine si les caractéristiques du motif sont suffisantes pour constituer un fondement de la discrimination, plutôt que de s’en tenir à l’existence ou à l’inexistence d’effets discriminatoires.

Nous devons nous rappeler que les motifs énumérés à l’art. 15 et ceux qui y sont analogues sont des instruments à l’aide desquels on peut conclure à la discrimination. Ils sont un moyen d’atteindre une fin. Or, en nous limitant presque exclusivement à la nature, au contenu et au contexte du motif contesté, nous l’avons traité comme une fin en soi. Une telle conception de l’art. 15 donne, en fait, préséance non pas au terme «discrimination», mais plutôt aux neuf motifs qui y sont énumérés. Essentiellement, elle fixe les conditions préalables à l’existence d’une discrimination exclusivement par renvoi aux qualités considérées généralement comme inhérentes à ces motifs.

Il est évident que notre Cour n’aurait pu adopter la méthode des motifs énumérés et analogues si, au lieu de prévoir neuf motifs, le par. 15(1) n’en avait contenu aucun. L’absence de «particularités» au par. 15(1) aurait-elle modifié la garantie fondamentale d’égalité indépendamment de toute discrimination? Subsidiairement, que ce serait-il produit suivant la méthode des «motifs analogues» si, plutôt que d’énumérer neuf motifs, le par. 15(1) n’en avait énuméré que trois ou quatre? Et si, en outre, la religion n’en était pas un? La plupart des gens

them? Most would agree that the common characteristics of all of the enumerated grounds other than religion is that they involve so-called "immutable" characteristics. Religion, on the other hand, has been described as being premised on a "fundamental choice". Does this mean that s. 15, despite being consciously left open-ended by the drafters, could never have encompassed discrimination on the basis of religion, or any other characteristic which involves a "fundamental choice"? This result seems absurd, yet it seems to flow inevitably from an approach to "discrimination" that relies exclusively on drawing analogies from the essential characteristics of the enumerated grounds. It also demonstrates, in my mind, why reliance on characteristics "analogous" to those in the enumerated grounds is a potentially unsatisfactory means of giving effect to s. 15's open-ended character.

50 Additional problems arise when certain grounds, particularly grounds based upon legal status (marital status, family status, citizenship, province of residence, etc.) may be said to give rise to discriminatory concerns in certain contexts but not in others. Are these grounds therefore sometimes analogous and sometimes not analogous? In these types of circumstances, the finding of "analogousness" will be driven by the result we want to reach. If we want to conclude that the impugned distinction is discriminatory, then we find the grounds to be analogous. If we want to conclude that a distinction is non-discriminatory, then we simply say that although the ground "may be analogous in some contexts", it is not in this case: see, e.g., *Turpin*, *supra*, per Wilson J.; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, per Lamer C.J.

51 In addition to defining discrimination indirectly, a "grounds"-based approach suffers an additional shortcoming. Briefly put, "grounds" are, themselves, an imperfect means for discerning discriminatory conduct. This problem was underlined by Wilson J. in *McKinney*, *supra*, at pp. 392-93:

conviendraient qu'à l'exception de la religion, tous les motifs énumérés ont ceci de semblable qu'ils réunissent des caractéristiques que l'on dit «immuables». Par ailleurs, on a dit de la religion qu'elle repose sur un «choix fondamental». Cela signifie-t-il que l'art. 15, en dépit du fait que les rédacteurs lui ont sciemment donné une portée non limitative, n'aurait jamais pu couvrir la discrimination fondée sur la religion ou sur toute autre caractéristique faisant appel à un «choix fondamental»? Ce résultat semble absurde, pourtant il paraît découler inexorablement de la conception de la «discrimination» qui repose exclusivement sur le recours à l'analogie des caractéristiques essentielles des motifs énumérés. Il fait également ressortir, à mon avis, la raison pour laquelle le recours aux caractéristiques «analogues» à celles des motifs énumérés est un moyen potentiellement insatisfaisant de rendre effective la nature non limitative de l'art. 15.

D'autres difficultés se posent également lorsqu'on peut dire de certains motifs, particulièrement des motifs fondés sur le statut juridique (l'état matrimonial, la situation de famille, la citoyenneté, la province de résidence, etc.) qu'ils sont discriminatoires dans certains contextes, mais non dans d'autres. Ces motifs sont-ils donc parfois analogues et parfois non analogues? Dans ces circonstances, la conclusion qu'un motif est «analogue» sera motivée par le résultat auquel on souhaite en arriver. Si on souhaite conclure que la distinction reprochée est discriminatoire, on conclut que le motif est analogue. Si on souhaite conclure qu'une distinction n'est pas discriminatoire, on dit simplement que, bien qu'il «soit analogue dans certains contextes», le motif ne l'est pas dans le cas en cause: voir par exemple *Turpin*, précité, le juge Wilson; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, le juge en chef Lamer.

Outre le fait qu'elle définit la discrimination indirectement, la méthode fondée sur les «motifs» comporte une autre lacune. Brièvement, les «motifs» sont en soi un moyen imparfait de cerner le comportement discriminatoire. Le juge Wilson a relevé cette déficience dans *McKinney*, précité, aux pp. 392 et 393:

The grounds enumerated in s. 15 represent some blatant examples of discrimination which society has at last come to recognize as such . . . The listing of sex, age and race, for example, is not meant to suggest that any distinction drawn on these grounds is *per se* discriminatory. Their enumeration is intended rather to assist in the recognition of prejudice when it exists. . . .

It follows, in my opinion, that the mere fact that the distinction drawn in this case has been drawn on the basis of age does not automatically lead to some kind of irrefutable presumption of prejudice. Rather it compels one to ask the question: is there prejudice? Is the mandatory retirement policy a reflection of the stereotype of old age? Is there an element of human dignity at issue? [Emphasis added.]

If a finding of discrimination does not flow automatically from a finding that a distinction has been drawn on the basis of an enumerated or analogous ground (see *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906), then it follows that reliance on “grounds” may not contemplate the entire picture. An additional dimension of analysis is needed.

At this juncture, an important question must be asked. If the purpose of s. 15 is really to provide a broad guarantee of protection against discrimination in all of its forms, then why does it matter if the basis for distinction is abstractly “analogous” to the enumerated categories? The answer, I think, is that it does not matter. As this Court has frequently acknowledged, the essence of discrimination is its impact, not its intention. The enumerated or analogous nature of a given ground should not be a necessary precondition to a finding of discrimination. If anything, a finding of discrimination is a precondition to the recognition of an analogous ground. The effect of the “enumerated or analogous grounds” approach may be to narrow the ambit of s. 15, and to encourage too much analysis at the wrong level.

We will never address the problem of discrimination completely, or ferret it out in all its forms, if we continue to focus on abstract categories and generalizations rather than on specific effects. By

Les motifs énumérés à l’art. 15 sont des exemples flagrants de discrimination que la société a enfin reconnus comme tels. [. . .] L’énumération du sexe, de l’âge et de la race, par exemple, ne veut pas dire que toute distinction fondée sur ces motifs est en soi discriminatoire. Leur énumération a plutôt pour but de nous aider à reconnaître le préjugé lorsqu’il existe. . . .

À mon avis, il s’ensuit que le simple fait qu’en l’espèce la distinction soit fondée sur l’âge ne donne pas automatiquement lieu à une quelconque présomption irrefutable de préjugé. Cette distinction nous force plutôt à nous poser la question suivante: Y a-t-il préjugé? La politique de retraite obligatoire reflète-t-elle le stéréotype de la vieillesse? Un élément de dignité humaine est-il en cause? [Je souligne.]

Si la conclusion qu’il existe une distinction fondée sur l’un des motifs énumérés ou sur un motif analogue n’emporte pas automatiquement une conclusion qu’il y a discrimination (voir *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906), il s’ensuit que le recours aux «motifs» risque de ne pas prendre en compte l’ensemble de la situation. L’analyse doit revêtir une dimension supplémentaire.

Il y a lieu à ce moment-ci de poser une question importante. Si l’objectif véritable de l’art. 15 est d’offrir une garantie générale de protection contre toute discrimination, pourquoi importe-t-il que le fondement de la distinction soit par abstraction «analogue» aux catégories énumérées? À mon avis, cela importe peu. Ainsi que notre Cour l’a fréquemment reconnu, l’essence de la discrimination est son impact, et non son intention. Le fait qu’un motif soit énuméré ou analogue ne devrait pas être une condition préalable nécessaire à la conclusion qu’il y a discrimination. Si elle y est pour quelque chose, cette conclusion est une condition préalable à la reconnaissance d’un motif analogue. La méthode des «motifs énumérés ou analogues» peut avoir pour effet de restreindre la portée de l’art. 15 et d’encourager un trop grand nombre d’analyses à s’engager sur une mauvaise voie.

Nous ne réglerons jamais complètement le problème de la discrimination et nous ne réussirons pas à la démasquer sous toutes ses formes si nous continuons d’insister sur des catégories abstraites

looking at the grounds for the distinction instead of at the impact of the distinction on particular groups, we risk undertaking an analysis that is distanced and desensitized from real people's real experiences. To make matters worse, in defining the appropriate categories upon which findings of discrimination may be based, we risk relying on conventions and stereotypes about individuals within these categories that, themselves, further entrench a discriminatory *status quo*. More often than not, disadvantage arises from the way in which society treats particular individuals, rather than from any characteristic inherent in those individuals.

et des généralisations plutôt que sur des effets précis. En considérant les motifs de la distinction plutôt que son impact sur des groupes particuliers, notre analyse risque d'être éloignée et déconnectée des véritables expériences que vivent les gens ordinaires. Pis encore, en définissant les catégories appropriées sur lesquelles peuvent reposer les conclusions de discrimination, nous risquons de nous fonder sur des conventions et des stéréotypes concernant les individus qui font partie de ces catégories qui, elles-mêmes, consacrent davantage un *statu quo* discriminatoire. Plus souvent qu'autrement, le désavantage naît de la façon dont la société traite les individus plutôt que de toute caractéristique qui leur est inhérente.

54 For all of these reasons, I am led inevitably to the conclusion that a truly purposive approach to s. 15 must place "discrimination" first and foremost in the Court's analysis. This is not to say that the essential characteristics of the nine enumerated grounds are irrelevant to our inquiry. They are, in fact, highly relevant. I turn now to a discussion of their important role in an approach that looks to groups rather than grounds, and discriminatory impact rather than discriminatory potential.

Pour tous ces motifs, j'en arrive inévitablement à la conclusion qu'une méthode qui tienne véritablement compte de l'objet de l'art. 15 doit placer la «discrimination» au tout premier plan de l'analyse de la Cour. Cela ne signifie pas que les caractéristiques essentielles des neuf motifs énumérés ne sont pas pertinents pour notre analyse. Ils sont en fait fort pertinents. J'analyserai maintenant le rôle important qu'ils jouent dans une démarche qui considère les groupes plutôt que les motifs, et l'effet discriminatoire plutôt que le potentiel discriminatoire.

(ii) Putting "Discrimination" First

(ii) La «discrimination» au premier plan

55 In my view, for an individual to make out a violation of their rights under s. 15(1) of the *Charter*, he or she must demonstrate the following three things:

À mon avis, pour établir que les droits qui lui sont garantis par le par. 15(1) de la *Charte* ont été violés, un particulier doit faire la preuve des trois éléments suivants:

- (1) that there is a legislative distinction;
- (2) that this distinction results in a denial of one of the four equality rights on the basis of the rights claimant's membership in an identifiable group;
- (3) that this distinction is "discriminatory" within the meaning of s. 15.

- (1) la loi crée une distinction;
- (2) cette distinction entraîne une négation de l'un des quatre droits à l'égalité, fondée sur l'appartenance de la personne qui invoque le droit à un groupe identifiable;
- (3) cette distinction est «discriminatoire» au sens de l'art. 15.

The following remarks are devoted to elaborating upon the last criterion.

Les remarques qui suivent sont consacrées à l'analyse du dernier critère.

56 A distinction is discriminatory within the meaning of s. 15 where it is capable of either promoting

Une distinction est discriminatoire au sens de l'art. 15 si elle est susceptible de favoriser ou de

or perpetuating the view that the individual adversely affected by this distinction is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration. This examination should be undertaken from a subjective-objective perspective: i.e. from the point of view of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the group of which the rights claimant is a member.

The means by which courts may give principled expression to this notion is perhaps best illustrated by a simple analogy. If a projectile were thrown against a soft surface, then it would leave a larger scar than if it were thrown against a resilient surface. In fact, the depth of the scar inflicted will generally be a function of both the nature of the affected surface and the nature of the projectile used. In my view, assessing discriminatory impact is, in principle, no different. In order for a court to determine from a subjective-objective perspective whether the impugned distinction will leave a non-trivial discriminatory "scar" on the group affected, it is instructive to consider two categories of factors: (1) the nature of the group adversely affected by the distinction and (2) the nature of the interest adversely affected by the distinction. In my view, neither is completely meaningful without the other.

The nature of the group affected

No one would dispute that two identical projectiles, thrown at the same speed, may nonetheless leave a different scar on two different types of surfaces. Similarly, groups that are more socially vulnerable will experience the adverse effects of a legislative distinction more vividly than if the same distinction were directed at a group which is not similarly socially vulnerable. As such, a distinction may be discriminatory in its impact upon one group yet not discriminatory in its impact upon another group. While it may be discriminatory against women to prohibit female guards from searching male prisoners, it may not be discriminatory against men to prohibit male guards from

perpétuer l'opinion que les individus lésés par cette distinction sont moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. Cette analyse devrait être effectuée suivant une norme subjective-objective, c'est-à-dire du point de vue de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable au groupe auquel appartient la personne qui invoque le droit.

Pour mieux illustrer le moyen par lequel les tribunaux peuvent arriver à traduire cette notion en restant fidèles aux principes, on peut peut-être recourir à une simple analogie. Si on lance un projectile contre une surface molle, il laissera une marque plus profonde que si on le lançait contre une surface résistante. En fait, la profondeur de l'empreinte laissée sera généralement fonction de la nature tant de la surface touchée que du projectile utilisé. À mon avis, l'analyse de l'impact discriminatoire est, en principe, identique. Pour déterminer si, suivant la norme subjective-objective, la distinction contestée laissera une «marque» discriminatoire non négligeable sur le groupe touché, le tribunal doit considérer deux catégories de facteurs: (1) la nature du groupe lésé par la distinction et (2) la nature du droit auquel la distinction porte atteinte. À mon avis, aucun n'a de véritable sens sans l'autre.

La nature du groupe touché

Nul ne contesterait que deux projectiles identiques, lancés à la même vitesse, peuvent néanmoins laisser une marque différente selon le genre de surface atteinte. De la même manière, les groupes qui sont plus vulnérables sur le plan social ressentiront les effets préjudiciables d'une distinction d'origine législative plus vivement que les groupes qui ne sont pas aussi vulnérables. Pour cette raison, une distinction peut être discriminatoire quant à son effet à l'égard d'un groupe et ne pas l'être à l'égard d'un autre. Bien qu'il puisse être discriminatoire envers les femmes d'interdire aux gardiennes de prison de fouiller les prisonniers, il peut ne pas être discriminatoire à l'égard

57

58

searching female prisoners: *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, *supra*. While it may be discriminatory to define a particular criminal offence as only applying to women, it may not be discriminatory to restrict the applicability of the offence of sexual assault of a minor to men: *R. v. Hess*, *supra*. In the same way that it does not really matter why the affected surface is soft, it is not necessary that there be a formal nexus between the social vulnerability of the affected group and the prejudice flowing from the impugned distinction in order for that vulnerability to be relevant to determining whether the distinction is discriminatory. Put another way, it is merely admitting reality to acknowledge that members of advantaged groups are generally less sensitive to, and less likely to experience, discrimination than members of disadvantaged, socially vulnerable or marginalized groups. See, by analogy, *Schachtschneider v. Canada*, [1994] 1 F.C. 40 (C.A.), *per* Linden J.A.

des hommes d'interdire aux gardiens de prison de fouiller les prisonnières: *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, précité. Bien qu'il puisse être discriminatoire de définir une infraction criminelle particulière de façon à ce qu'elle s'applique exclusivement aux femmes, il peut ne pas être discriminatoire de restreindre aux hommes l'applicabilité d'une infraction d'agression sexuelle sur une personne mineure: *R. c. Hess*, précité. Tout autant qu'il importe peu de savoir pourquoi la surface visée est molle, il n'importe guère plus qu'il y ait un lien formel entre la vulnérabilité sociale du groupe lésé et le préjudice que cause la distinction contestée. Cette vulnérabilité demeure pertinente pour ce qui est de déterminer si la distinction est discriminatoire. En d'autres termes, c'est simplement admettre la réalité que de reconnaître que les membres des groupes avantagés sont en général moins sensibles à la discrimination et moins susceptibles d'en être victimes que les membres de groupes désavantagés, vulnérables ou marginalisés. Voir par analogie *Schachtschneider c. Canada*, [1994] 1 C.F. 40 (C.A.), le juge Linden.

59 Most of the factors identified in *Andrews* under the "analogous grounds" approach as characteristic of the enumerated grounds in s. 15 are, not surprisingly, integral to evaluating the nature of the group affected by the impugned distinction. It is highly relevant, for instance, to inquire into whether the impugned distinction is based upon fundamental attributes, such as those enumerated in s. 15, that are generally considered to be essential to our popular conception of 'personhood' or 'humanness'. Furthermore, it is important to ask ourselves questions such as "Is the adversely affected group already a victim of historical disadvantage?"; "Is this distinction reasonably capable of aggravating or perpetuating that disadvantage?"; "Are group members currently socially vulnerable to stereotyping, social prejudice and/or marginalization?"; and "Does this distinction expose them to the reasonable possibility of future social vulnerability to stereotyping, social prejudice and/or marginalization?" Membership in a "discrete and insular minority", lacking in political power and thus susceptible to having its interests overlooked, is yet

Il n'y a rien d'étonnant à ce que la plupart des facteurs identifiés dans l'arrêt *Andrews*, dans le cadre de la méthode des «motifs analogues» en tant que caractéristiques des motifs énumérés à l'art. 15, fassent partie intégrante de l'analyse de la nature du groupe victime de la distinction contestée. Il est tout à fait pertinent, par exemple, de vérifier si la distinction contestée est fondée sur des attributs fondamentaux, de la nature de ceux énumérés à l'art. 15, qui sont généralement considérés comme étant essentiels à la conception populaire de la «personnalité» ou de la «nature humaine». En outre, nous devons nous poser des questions du genre suivant: «Le groupe lésé est-il déjà victime d'un désavantage historique?» «La distinction est-elle raisonnablement susceptible d'aggraver ou de perpétuer ce désavantage?» «Les membres du groupe sont-ils actuellement exposés aux stéréotypes, aux préjugés sociaux ou à la marginalisation?» «Du fait de la distinction, risquent-ils d'être exposés dans l'avenir aux stéréotypes, aux préjugés sociaux ou à la marginalisation?» L'appartenance à une «minorité discrète et insulaire»

another consideration that may be taken into account.

Consideration of these factors involves the recognition that differently situated groups are starting on different levels of the s. 15 playing field. In my view, our approach to s. 15 must reflect that reality. Indeed, I reiterate McIntyre J.'s words in *Andrews, supra*, at p. 169, that "for the accommodation of differences, which is the essence of true equality, it will frequently be necessary to make distinctions". Treating historically vulnerable, disadvantaged or marginalized groups in the same manner as groups which do not generally suffer from such vulnerability may not accommodate, or even contemplate, those differences. In fact, ignoring such differences may compound them, by making access to s. 15 relief most difficult for those groups that are the most disempowered of all in Canadian society.

To summarize, the more socially vulnerable the affected group and the more fundamental to our popular conception of "personhood" the characteristic which forms the basis for the distinction, the more likely that this distinction will be discriminatory. Of course, these factors only provide half of the picture. We do not enjoy the full spectrum of colours and contexts until we have also turned our attention to a second set of considerations.

The nature of the affected interest

In the same way that a very dense projectile will impact upon a surface more sharply than a less dense projectile, an examination of the nature of the interest affected by the impugned distinction is helpful in determining whether that distinction is discriminatory. This examination requires an evaluation of both economic and non-economic elements.

As I noted earlier, the *Charter* is not a document of economic rights and freedoms. Rather, it only protects "economic rights" when such protection is

dépourvue de tout pouvoir politique et, à ce titre, susceptible de voir ses droits négligés, est un facteur dont on peut également tenir compte.

La considération de ces facteurs suppose que l'on reconnaisse que des groupes dont la situation est différente ne partent pas d'un même pied sur le terrain de l'art. 15. À mon avis, notre conception de l'art. 15 doit refléter cette réalité. De fait, je reprends les propos du juge McIntyre dans *Andrews*, précité, à la p. 169, suivant lequel «le respect des différences, qui est l'essence d'une véritable égalité, exige souvent que des distinctions soient faites». Si l'on traite les groupes historiquement vulnérables, désavantagés ou marginalisés comme on traite les groupes qui ne souffrent pas en général de cette vulnérabilité, ces différences ne sont pas prises en compte, ni même envisagées. En fait, négliger de telles différences peut avoir pour effet de les accroître en rendant la réparation fondée sur l'art. 15 moins accessible aux groupes qui sont les plus démunis dans la société canadienne.

En résumé, plus le groupe touché est vulnérable et plus la caractéristique qui fonde la distinction est fondamentale à notre conception populaire de la «personnalité», plus il est probable que cette distinction soit discriminatoire. Évidemment, ces facteurs n'offrent qu'un fragment du portrait d'ensemble. Nous ne bénéficions de la gamme complète des couleurs et des contextes que si nous considérons également la seconde catégorie de facteurs.

La nature du droit touché

De la même façon que l'impact d'un projectile très lourd sera plus marqué que celui d'un projectile plus léger, l'analyse de la nature du droit touché par la distinction contestée aide à déterminer si la distinction est discriminatoire. Cette analyse nécessite l'examen des aspects tant économiques que non économiques.

Ainsi que je l'ai signalé précédemment, la *Charte* n'est pas un document de droits et de libertés économiques. Elle ne protège les «droits

60

61

62

63

necessarily incidental to protection of the worth and dignity of the human person (i.e. necessary to the protection of a "human right"). Nonetheless, the nature, quantum and context of an economic prejudice or denial of such a benefit are important factors in determining whether the distinction from which the differing economic consequences flow is one which is discriminatory. If all other things are equal, the more severe and localized the economic consequences on the affected group, the more likely that the distinction responsible for these consequences is discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Charter*.

économiques» que lorsqu'il est nécessaire de le faire pour protéger la valeur et la dignité de la personne (c'est-à-dire pour protéger un «droit de la personne»). Toutefois, la nature, l'importance et le contexte du préjudice économique ou de la négation de ce bénéfice sont des facteurs importants pour déterminer si la distinction qui entraîne ces conséquences économiques différentes est discriminatoire. Toutes autres choses étant par ailleurs égales, plus les conséquences économiques ressenties par le groupe touché sont graves et localisées, plus il est probable que la distinction qui en est la cause soit discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte*.

64 Although a search for economic prejudice may be a convenient means to begin a s. 15 inquiry, a conscientious inquiry must not stop here. The discriminatory calibre of a particular distinction cannot be fully appreciated without also evaluating the constitutional and societal significance of the interest(s) adversely affected. Other important considerations involve determining whether the distinction somehow restricts access to a fundamental social institution, or affects a basic aspect of full membership in Canadian society (e.g. voting, mobility). Finally, does the distinction constitute a complete non-recognition of a particular group? It stands to reason that a group's interests will be more adversely affected in cases involving complete exclusion or non-recognition than in cases where the legislative distinction does recognize or accommodate the group, but does so in a manner that is simply more restrictive than some would like.

Bien que la recherche d'un préjudice économique puisse s'avérer un moyen commode d'entreprendre une analyse fondée sur l'art. 15, une analyse consciencieuse ne doit pas s'arrêter là. On ne peut évaluer pleinement le caractère discriminatoire d'une distinction donnée sans également mesurer l'importance, sur le plan de la constitution et de la société, du droit auquel il a été porté atteinte. D'autres facteurs importants permettent de déterminer si la distinction restreint de quelque façon l'accès à une institution sociale fondamentale ou compromet un aspect fondamental de la pleine appartenance à la société canadienne (par exemple, le droit de vote et de libre circulation). Enfin, la distinction a-t-elle pour effet d'ignorer complètement un groupe particulier? On peut penser que les droits du groupe qui est complètement exclu ou ignoré seront touchés plus gravement que si la distinction législative reconnaît ou accommode effectivement le groupe, de façon cependant plus limitée que certains le souhaiteraient.

65 Referring back to our analogy once again, if the projectile is dense enough and thrown hard enough, then it will leave a mark on even the most resilient of surfaces. Similarly, the more fundamental the interest affected or the more serious the consequences of the distinction, the more likely that the impugned distinction will have a discriminatory impact even with respect to groups that occupy a position of advantage in society.

Pour en revenir à l'analogie exposée précédemment, si le projectile est suffisamment lourd et lancé avec suffisamment de force, il laissera une marque, même sur les surfaces les plus résistantes. De même, plus le droit touché est fondamental ou plus les conséquences de la distinction sont graves, plus il est probable que la distinction en cause aura un effet discriminatoire, même à l'égard des groupes qui occupent une position privilégiée dans la société.

To summarize, tangible economic consequences are but one manifestation of the more intangible and invidious harms flowing from discrimination, which the *Charter* seeks to root out. In other cases, the prejudice will be to an important individual interest rather than to one that is economic in nature. The nature of the interest affected is therefore highly relevant to whether the distinction that adversely affects that interest is discriminatory in nature. In all but the most extreme cases, this factor cannot be considered in isolation. It only assumes meaningful proportions when assessed in light of the nature of the group affected.

Frameworks vs. rigid legal tests

It must be emphasized that there are no absolute preconditions to, or preclusions from, a finding of discrimination. Although the presence of one or more of the aforementioned factors in either of these two categories may tend toward the conclusion that the impugned distinction is discriminatory, it does not inevitably lead that way. Conversely, the absence of one or more of these factors does not necessarily preclude there still being a finding of discrimination. Courts must treat these considerations as a matrix rather than as a single equation, and as the microscope rather than as the object being studied.

Equality and discrimination are notions that are as varied in form as they are complex in substance. Attempts to evaluate them according to legal formulas which incorporate rigid inclusionary and exclusionary criteria are doomed to become increasingly complex and convoluted over time as "hard" cases become the rule rather than the exception. I prefer to steer clear of those rocky shoals, if at all possible, and to adopt a pragmatic and functional approach to s. 15. I believe that an analysis that examines both sets of factors in the basic framework set out above will enable courts to arrive in a principled manner at an answer that reflects as closely as possible the experience of those in the affected group. If, after examining the nature of both the group and the interest affected, a court concludes that the impact of the impugned distinction is capable of inflicting a non-trivial dis-

Somme toute, les conséquences économiques tangibles ne sont que l'une des manifestations des préjudices plus intangibles et insidieux que cause la discrimination et que tente d'enrayer la *Charte*. Il se peut également que le préjudice touche un droit individuel important plutôt qu'un droit de nature économique. C'est pourquoi la nature du droit touché est fort pertinente quant à savoir si la distinction qui cause le préjudice est discriminatoire dans son essence. Sauf dans les cas les plus extrêmes, ce facteur ne peut être considéré de façon isolée. Il ne revêt de sens que lorsqu'il est analysé à la lumière de la nature du groupe touché.

Cadres d'analyse vs critères juridiques rigides

Il y a lieu de souligner que la conclusion comme quoi il y a discrimination n'est assujettie à aucune condition préalable ni interdiction absolue. Bien que la présence de l'un ou de plusieurs des facteurs mentionnés précédemment dans l'une ou l'autre de ces deux catégories puisse porter à conclure que la distinction contestée est discriminatoire, ce ne sera pas inévitablement le cas. Inversement, l'absence de l'un ou de plusieurs des facteurs n'empêchera pas nécessairement de conclure qu'il y a quand même discrimination. Les tribunaux doivent traiter ces facteurs comme une matrice plutôt que comme une équation unique, et comme un microscope plutôt que comme le sujet de l'étude.

Égalité et discrimination sont des notions aussi variées en forme qu'elles sont complexes en substance. Les tentatives de les évaluer à l'aide de formules juridiques qui incorporent des critères d'inclusion et d'exclusion rigides sont vouées à devenir de plus en plus complexes au fur et à mesure que les affaires «compliquées» deviennent la règle plutôt que l'exception. Je préfère donc, dans la mesure du possible, me tenir à l'écart de ces écueils et adopter une position pragmatique et fonctionnelle face à l'art. 15. J'estime qu'une analyse qui considère les deux catégories de facteurs dans les limites du cadre fondamental énoncé précédemment permettra aux tribunaux d'en arriver, d'une manière fondée sur des principes, à une réponse qui reflète aussi fidèlement que possible l'expérience que vivent les membres du groupe touché. Si, après avoir analysé la nature du groupe

criminy "scar" on the affected group, then it must conclude that this distinction is discriminatory.

et du droit touchés, le tribunal conclut que la distinction contestée est susceptible d'infliger une «marque» discriminatoire non triviale sur le groupe touché, il doit conclure que la distinction est discriminatoire.

69 Once it is found that s. 15(1) of the *Charter* has been violated by a distinction which is discriminatory, examination must pass on to s. 1.

Une fois que l'on conclut qu'il y a eu violation du par. 15(1) de la *Charte* par suite d'une distinction discriminatoire, l'analyse doit passer à l'article premier.

C. Section 1 of the Charter

C. Article premier de la Charte

70 Section 15 of the *Charter* only guarantees freedom from discrimination subject to reasonable limits, demonstrably justifiable in a free and democratic society. In my view, there is no possible justification for a discriminatory distinction other than that it is relevant to an important objective. As such, a distinction found to violate s. 15(1) may only be saved under s. 1 if it is found to be relevant to a proportionate extent to a pressing and substantial objective. This is accomplished by reference to the framework to s. 1 analysis set down in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and modified by the majority of this Court in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

L'article 15 de la *Charte* garantit seulement l'absence de toute discrimination sous réserve de limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. À mon avis, la distinction discriminatoire ne peut être justifiée que si elle est pertinente quant à un objectif important. Aussi, la distinction jugée contraire au par. 15(1) ne peut être sauvegardée au regard de l'article premier que si elle est jugée pertinente dans une mesure proportionnelle quant à un objectif urgent et réel. Cette décision passe par le cadre analytique de l'article premier énoncé dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et modifié par notre Cour à la majorité dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

(i) Pressing and substantial objective

(i) Objectif urgent et réel

71 In *Oakes*, it was held that the objective of the legislation, which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve, must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. It therefore must relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society. Moreover, in *Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, this Court held that a purpose may never, itself, be unconstitutional. By that same token, where the purpose of impugned legislation is, itself, discriminatory, it cannot be saved under s. 1. I would add, however, that where the court has available to it several possible, and equally likely, interpretations of the purpose of the legislation,

Dans l'arrêt *Oakes*, on a conclu que l'objectif de la loi, que visent à servir les mesures ayant pour effet de restreindre une liberté ou un droit garantis par la *Charte*, doit être suffisamment important pour justifier que l'on passe outre à une liberté ou un droit protégé par la constitution. Il doit donc se rapporter à des préoccupations qui sont urgentes et réelles dans une société libre et démocratique. En outre, dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, notre Cour a conclu que l'objectif ne doit jamais être lui-même inconstitutionnel. Du même coup, lorsque l'objectif de la loi contestée est en lui-même discriminatoire, il ne saurait être sauvegardé sous le régime de l'article premier. Cependant, j'ajouterais que, s'il peut lui attribuer différentes interprétations toutes aussi plausibles les unes que

then it should prefer one that is consistent with *Charter* values over one that is not.

(ii) Relevant to a proportionate extent

Where the purpose of the legislation is found to be pressing and substantial and non-discriminatory, it then becomes necessary to decide whether there is a sufficient degree of proportionality between the impugned distinction (i.e. the means to achieve the purpose) and the rights violation.

As I noted earlier, an important concern with including relevance within the ambit of s. 15 analysis is that a court would have little guidance on how relevant/irrelevant a particular distinction need be to the purpose of the legislation in order for that distinction to be discriminatory. Professor Bayefsky, in "A Case Comment on the First Three Equality Rights Cases Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Andrews, Workers' Compensation Reference, Turpin" (1990), 1 *Supreme Court L.R.* (2d) 503, at p. 528, favours a sliding scale of scrutiny which recognizes that all trade-offs between furtherance of a pressing and substantial objective and a rights violation occur along a continuum rather than at a single point. To date, this Court has developed no better approach for evaluating whether this equilibrium has been appropriately respected than through the proportionality test in s. 1. Therefore, for a distinction that is discriminatory to be justified under s. 1, it must be shown to be relevant to a proportionate extent to the purpose of the legislation. This determination flows from the traditional three-part proportionality test set out in *Oakes* and modified in *Dagenais*.

First, the distinction must be rationally connected to the pressing and substantial objective of the legislation. This standard sets down a basic relevancy requirement. Where a distinction is, essentially, irrelevant to the purpose which the legislation seeks to advance, then the distinction cannot be saved under s. 1. Discrimination on the basis of

les autres, le tribunal doit préférer celle qui est conforme aux valeurs véhiculées par la *Charte* à celle qui ne l'est pas.

(ii) Pertinence dans une mesure proportionnelle

Si l'objectif de la loi est jugé être urgent et réel et qu'il n'est pas discriminatoire, il faut alors décider s'il existe un degré suffisant de proportionnalité entre la distinction contestée (soit, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif) et la violation des droits.

Comme je l'ai fait remarquer précédemment, une raison importante pour laquelle la pertinence ne devrait peut-être pas être incluse dans une analyse fondée sur l'art. 15 est que le tribunal aurait peu d'indications quant au degré de pertinence ou de non-pertinence relativement à l'objectif de la loi que doit avoir une distinction donnée pour qu'elle soit discriminatoire. Le professeur Bayefsky, dans «A Case Comment on the First Three Equality Rights Cases Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Andrews, Workers' Compensation Reference, Turpin» (1990), 1 *Supreme Court L.R.* (2d) 503, à la p. 528, privilégie une échelle d'analyse qui reconnaît que tous les compromis entre la promotion d'un objectif urgent et réel et la violation des droits se produisent dans un continuum plutôt qu'à un point précis. À ce jour, notre Cour n'a élaboré, pour déterminer si cet équilibre a été régulièrement respecté, aucune méthode meilleure que celle du critère de la proportionnalité dans l'analyse fondée sur l'article premier. Par conséquent, pour qu'une distinction discriminatoire soit justifiée au regard de l'article premier, on doit démontrer qu'elle est pertinente dans une mesure proportionnelle quant à l'objectif de la loi. Cette décision repose sur le traditionnel critère de proportionnalité tripartite énoncé dans l'arrêt *Oakes*, et modifié dans l'arrêt *Dagenais*.

Premièrement, la distinction doit avoir un lien rationnel avec l'objectif urgent et réel de la loi. Cette norme fixe une condition fondamentale de pertinence. Lorsqu'une distinction n'est essentiellement pas pertinente quant à l'objectif que la loi cherche à promouvoir, elle ne peut être sauvegardée sous le régime de l'article premier. La discri-

72

73

74

the legal status of the group affected (e.g. citizenship, province of residence, marital status) may raise special problems in this respect, since legal status always comes attached with specific rights and obligations. Because of the various rights and obligations which differing status-based groups may enjoy, part of the rational connection determination in such instances may require some inquiry into whether the distinction drawn in the impugned legislation is relevant to one or more of those rights and/or obligations. If the distinction does not relate rationally to either a right or an obligation which attaches to the affected status-based group, then I do not see how a distinction drawn on the basis of membership in that status-based group would not be irrelevant.

mination fondée sur le statut juridique du groupe touché (par exemple, sur la citoyenneté, la province de résidence ou l'état matrimonial) peut engendrer des difficultés particulières à cet égard puisque le statut juridique est invariablement assorti d'obligations et de droits précis. En raison des divers droits et obligations dont jouissent différents groupes constitués selon le statut des membres, une partie de la décision relative au lien rationnel peut alors exiger que l'on détermine si la distinction établie dans la loi contestée a un rapport avec un ou plusieurs de ces droits et obligations. Si la distinction n'a aucun lien rationnel avec l'un ou l'autre droit ou obligation du groupe touché, je ne vois pas comment la distinction établie sur le fondement de l'appartenance à ce groupe pourrait être pertinente.

75 The next stage of the proportionality analysis requires that the government demonstrate that the legislation impairs as little as reasonably possible the claimant's s. 15 rights. Depending on the circumstances, the difficulty or impossibility of finding a workable alternative basis of distinction may be a valid consideration under this branch of the proportionality test. So, too, may be the fact that the government has had to make a reasonable trade-off in a field where conflicting social science views, or conflicting rights and interests between groups, are at stake. The mere fact, however, that legislation is "social" in nature is not, by itself, a reason for increased deference. In fact, to defer to the legislative prerogative in circumstances where social science views do not substantially conflict, and where there is a reasonable, alternative means of fulfilling the legislative objective in a way that would materially lessen the magnitude of the rights violation, would frustrate the purpose of the *Charter*.

À l'étape suivante de l'analyse de la proportionnalité, le gouvernement doit démontrer que la loi porte atteinte le moins possible aux droits garantis au demandeur par l'art. 15. Selon les circonstances, la difficulté ou l'impossibilité de trouver un autre fondement réalisable de la distinction peut être un facteur valable dans ce volet du critère de la proportionnalité. Il se peut également que le gouvernement ait eu à accepter un compromis raisonnable dans un domaine où sont en jeu des opinions contradictoires en matière de sciences sociales ou des droits contradictoires entre différents groupes. Cependant, le simple fait que la loi soit «sociale» de par sa nature n'est pas, en soi, une raison pour faire preuve de plus grande retenue. En fait, ce serait contrecarrer l'objectif de la *Charte* que de s'en remettre à la prérogative législative lorsque les opinions en matière de sciences sociales ne sont pas substantiellement contradictoires et qu'il existe un autre moyen raisonnable de réaliser l'objectif législatif d'une façon qui atténuerait de beaucoup l'ampleur de la violation des droits.

76 Finally, there must be a proportionality between the discriminatory effects of the impugned distinction and the salutary effects of the distinction: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, *supra*. Factors such as the importance of the state interest, the extent to which it is furthered by the impugned

Enfin, il doit exister une proportionnalité entre les effets discriminatoires de la distinction contestée et ses effets bénéfiques: *Dagenais c. Société Radio-Canada*, précité. Des facteurs comme l'importance de l'intérêt de l'État, la mesure dans laquelle celui-ci est favorisé par la distinction con-

distinction, the constitutional and societal significance of the interests adversely affected, the severity of the rights deprivation suffered by the individual, and the potential for entrenching marginalization or stigmatization of particular groups will all be relevant considerations to this branch of the s. 1 examination. The government must shoulder a heavier justificatory burden when the *Charter* infringement is severe: *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1190.

It should be noted, finally, that neither s. 1 nor s. 15 calls for a balance sheet approach to discrimination (i.e. summing up all direct and incidental economic benefits to a particular distinction and comparing them against the sum of the economic prejudices, in order to see if there is a net economic prejudice). Such an approach to discrimination loses the forest for the trees. In the context of s. 15, it must be recalled that actual economic prejudice is only one (albeit sometimes significant) ingredient in the more fundamental determination of whether a particular legislative distinction is discriminatory. Similarly, when conducting a s. 1 analysis, it must be recalled that the rights deprivation that triggered s. 15 is not economic. It is something which is fundamental to the person. As such, the mere fact that other economic benefits may flow from the same distinction does not necessarily render that rights violation any less severe, any less impairing, or any less worthy of condemnation.

D. Implications and "Adverse Effects"

Adopting an effects-based approach to s. 15 that looks to groups rather than grounds recognizes the importance of adverse effects discrimination in s. 15 without requiring us to resolve some of the intractable issues that have sprung up around that doctrine. A good example is that raised in Bayefsky, *supra*, at pp. 518-19:

testée, l'importance sur le plan de la constitution et de la société des droits touchés, la gravité de la négation des droits dont l'individu est victime, et le risque que soit constitutionnalisée la marginalisation ou la stigmatisation de groupes particuliers seront tous des facteurs pertinents quant à ce volet de l'analyse fondée sur l'article premier. Le gouvernement doit supporter un fardeau de justification plus lourd lorsque la violation de la *Charte* est grave: *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1190.

Il faudrait signaler, enfin, que ni l'article premier ni l'art. 15 n'exigent que l'on aborde la discrimination comme on aborde un bilan (c'est-à-dire en additionnant tous les avantages économiques directs et indirects d'une distinction donnée pour ensuite les comparer à la somme des préjudices économiques en vue de déterminer s'il en résulte un préjudice économique net). Une telle conception de la discrimination fait fi du portrait d'ensemble au profit de détails. Dans le contexte de l'art. 15, il faut se rappeler que le préjudice économique véritable n'est qu'un seul élément (bien que parfois important) de la tâche plus fondamentale qui consiste à déterminer si une distinction législative est discriminatoire. De même, dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier, il ne faut pas perdre de vue que la négation des droits qui a déclenché l'application de l'art. 15 n'est pas économique. C'est quelque chose qui est fondamental à la personne. Aussi, le simple fait que cette même distinction puisse engendrer d'autres avantages économiques ne rend pas nécessairement la violation des droits moins grave, moins attentatoire ni moins condamnable.

D. Implications et «effets préjudiciables»

Adopter à l'égard de l'art. 15 une démarche fondée sur les effets et axée sur les groupes plutôt que sur les motifs, c'est reconnaître l'importance de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable prévue à l'art. 15 sans exiger que soient résolues certaines questions insolubles qui se sont posées sous le régime de cette théorie. Bayefsky, *loc. cit.*, en donne un excellent exemple, aux pp. 518 et 519:

77

78

Restricting the possible grounds of discrimination puts litigants in the position of first having to prove that their distinguishing feature is caught. This marks the introduction of the same sort of counter-productive, formalistic and artificial debates that have been conducted under anti-discrimination legislation on such issues as the following: does "sex" include differentiation on the basis of "pregnancy" or does "sex" include distinctions made on the basis of "sexual orientation"? The Court, for example, will have to ask whether legislation involving differential treatment of domestic workers differentiates on the basis of sex because most domestic workers are women. In order to apply section 15 they will be required to find that a differential impact on women should be classified as sex discrimination, rather than facing squarely the issue of differential treatment of domestic workers. And if legislation discriminating against domestic workers can be caught by proving such differential impact upon an enumerated ground, what about similar legislation drawing distinctions that disadvantage farm workers? If one cannot prove that such legislation has a differential impact upon an enumerated or analogous ground, are farm workers excluded from making a section 15 argument, while domestic workers are covered? What logic can there be to this approach to interpreting section 15? [Emphasis added.]

See also N. Iyer, "Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity" (1993), 19 *Queen's L.J.* 179.

[TRADUCTION] Limiter les motifs possibles de discrimination a pour effet d'obliger la partie qui poursuit à démontrer d'abord que sa caractéristique est visée. Cela marque l'introduction du même genre de débats futiles, formalistes et artificiels qui ont entouré, dans le cadre des lois interdisant toute discrimination, des questions comme celles-ci: le terme «sexe» inclut-il la différenciation sur le fondement de la «grossesse» ou inclut-il les distinctions fondées sur «l'orientation sexuelle»? Les tribunaux devront, par exemple, déterminer si la loi qui a pour effet de traiter différemment les travailleurs domestiques établit cette différence sur le fondement du sexe parce que la plupart des travailleurs domestiques sont des femmes. Pour appliquer l'art. 15, ils seront contraints de conclure que l'impact différent à l'égard des femmes devrait être qualifié de discrimination fondée sur le sexe, plutôt que de s'attaquer directement à la question du traitement différent des travailleurs domestiques. Et si on peut démontrer que la loi qui crée une discrimination à l'égard des travailleurs domestiques est visée en établissant l'existence d'un impact différent à l'égard d'un groupe énuméré, qu'en est-il de la loi semblable qui établit une distinction au détriment des travailleurs agricoles? Si on ne peut prouver qu'une telle loi établit une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, empêche-t-on les travailleurs agricoles de faire valoir un argument fondé sur l'art. 15, tout en permettant aux travailleurs domestiques de le faire? Quelle peut bien être la logique derrière une telle interprétation de l'art. 15? [Je souligne.]

Voir également N. Iyer, «Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity» (1993), 19 *Queen's L.J.* 179.

79

To expand briefly upon the example of domestic workers, under traditional adverse effects doctrine, what percentage of the group would have to have been women in order to succeed in a sex-based discrimination claim? Fifty percent? Ninety percent? As this Court found in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, it is difficult to draw a principled distinction along such lines. I believe that it is both easier and more intellectually honest to examine the effect of the distinction on the group affected. In this case, that group would be domes-

Pour reprendre brièvement l'exemple des travailleurs domestiques, selon la théorie traditionnelle de l'effet préjudiciable, combien de femmes auraient dû faire partie du groupe pour qu'il obtienne gain de cause dans une demande invoquant la discrimination fondée sur le sexe? Cinquante pour cent? Quarante-vingt-dix pour cent? Ainsi que notre Cour l'a conclu dans l'arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, il est difficile d'établir une distinction fondée sur des principes suivant un tel raisonnement. Il est à mon sens plus facile et plus honnête sur le plan intellectuel d'examiner l'effet de la distinction à l'égard du groupe concerné. Dans l'exemple donné, il s'agirait de tra-

tic workers, and the only decision is: does the distinction discriminate against domestic workers?

As I noted in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 645, categories of discrimination cannot be reduced to watertight compartments, but rather will often overlap in significant measure. When assessing the social context of the impugned distinction, it is therefore of relevance that a significant majority of domestic workers are immigrant women, a subgroup that has historically been both exploited and marginalized in our society. Awareness of, and sensitivity to, the realities of those experiencing the distinction is an important task that judges must undertake when evaluating the impact of the distinction on members of the affected group. Discrimination cannot be fully appreciated or addressed unless courts' analysis focuses directly on the issue of whether these workers are victims of discrimination, rather than becoming distracted by ancillary issues such as "grounds", be they enumerated or analogous.

In conclusion, the approach to s. 15 set out in *Andrews* was an extremely good start. The ensuing jurisprudence has contributed in diverse and important respects to giving content to s. 15 of the *Charter*. As cases become more and more difficult, however, I believe that it is becoming increasingly evident that we may have been putting the cart before the horse. Although s. 15 is a general guarantee of "equality without discrimination", we have failed to put "discrimination", itself, at the forefront of our analysis. Instead, we have begun to define ourselves into boxes by making "grounds" a precondition to discrimination. As such, we may be denying s. 15 relief to persons who are victims of legislatively sanctioned discrimination, but who are unable to fit themselves into an established or analogous "ground".

In this day and age, discrimination is rarely an explicit purpose, and all too frequently an effect. The shortcomings of relying upon "grounds of distinction" are becoming increasingly evident — we

vailleurs domestiques, et la seule question est la suivante: La distinction crée-t-elle une discrimination à l'égard des travailleurs domestiques?

Comme je l'ai indiqué dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la p. 645, les formes de discrimination ne peuvent être réduites à des compartiments étanches; il arrive fréquemment qu'elles se chevauchent largement. Si l'on considère le contexte social de la distinction contestée, il est pertinent que la vaste majorité des travailleurs domestiques soient des femmes immigrantes, un sous-groupe qui a été traditionnellement exploité et marginalisé dans notre société. Les juges doivent se montrer sensibles aux réalités de ceux qui subissent la distinction lorsqu'ils en pèsent l'impact sur les membres du groupe touché. La discrimination ne peut être pleinement appréciée ou considérée que si les tribunaux font porter leurs analyses directement sur la question de savoir si ces travailleurs sont victimes de discrimination, plutôt que de se laisser distraire par des questions incidentes comme les «motifs», qu'ils soient énumérés ou analogues.

En conclusion, la démarche préconisée dans l'arrêt *Andrews* relativement à l'art. 15 était un excellent départ. La jurisprudence subséquente a contribué à différents et importants égards à donner du contenu à l'art. 15 de la *Charte*. Toutefois, au fur et à mesure que les affaires se compliquent, je crois qu'il est de plus en plus évident que nous avons peut-être mis la charrue devant les bœufs. Bien que l'art. 15 soit une garantie générale d'«égalité indépendamment de toute discrimination», nous n'avons pas accordé la première place dans notre analyse à la «discrimination» en soi. Nous nous sommes plutôt imposé des catégorisations en faisant des «motifs» une condition préalable à la discrimination. Il se peut donc que nous refusions ainsi une réparation fondée sur l'art. 15 à des personnes victimes d'une discrimination que la loi sanctionne, mais qui ne peuvent s'identifier à aucun «motif» établi ou analogue.

De nos jours, la discrimination est rarement un objectif explicite, et trop fréquemment un effet. Les inconvénients qu'entraîne le fait de se fonder sur les «motifs de distinction» sont de plus en plus

80

81

82

are coming to realize more and more that some “grounds” may give rise to discrimination in some contexts and not in others. In reality, it is no longer the “grounds” that are dispositive of the question of whether discrimination exists, but the social context of the distinction that matters. Given the growing reliance on “context”, and the declining role of the “grounds of distinction”, I believe that it is a natural next step in s. 15 jurisprudence to admit that, in fact, context is of primary importance and that abstract “grounds of distinction” are simply an indirect method to achieve a goal which could be achieved more simply and truthfully by asking the direct question: “Does this distinction discriminate against this group of people?” See Wilson J. in *McKinney*, *supra*, at pp. 392-93. There is no need to use the vehicle of “analogous grounds” to make s. 15 open-ended. An effects-based approach to the notion of “discrimination” will, itself, be open-ended. At the same time, as long as we view “discrimination” through a principled framework of analysis, the open-endedness will be constrained along reasonable and principled lines.

évidents — nous nous rendons compte de plus en plus que certains «motifs» peuvent créer une discrimination dans certains contextes et non dans d'autres. En réalité, ce qui importe ce ne sont plus tant les «motifs», mais plutôt le contexte social de la distinction. Étant donné que l'on se fonde de plus en plus sur le «contexte» et compte tenu du rôle de plus en plus ténue des «motifs de distinction», je crois qu'il convient ensuite naturellement, dans la jurisprudence relative à l'art. 15, d'admettre qu'en fait, le contexte est d'importance prépondérante et les «motifs de distinction» abstraits sont simplement une méthode indirecte d'atteindre un but auquel on peut arriver plus simplement et plus honnêtement en se posant directement la question suivante: «La distinction crée-t-elle une discrimination à l'égard de ce groupe de personnes?» Voir les motifs du juge Wilson dans *McKinney*, précité, aux pp. 392 et 393. Nul besoin de recourir à l'outil des «motifs analogues» pour donner une portée non limitative à l'art. 15. Aborder la notion de «discrimination» en fonction des effets est, en soi, non limitatif. De même, tant que nous aborderons la «discrimination» à travers un cadre d'analyse fondé sur des principes, ce caractère non limitatif sera assujéti à des analyses raisonnables et fondées sur des principes.

83

This approach bears far greater similarity than difference to jurisprudence inspired by *Andrews*. It will not, for instance, apply very differently to the vast number of distinctions drawn according to place of residence, or between professionals, employees, or different types of occupations. It is not enough to demonstrate that one has been treated differently by the legislation, and that this differential treatment has been less advantageous than that accorded to other parties. The distinction must, itself, be shown somehow to impugn a basic right to equal human dignity and worth. This determination, as I discussed above, will largely be a function of the nature of both the group and the interest adversely affected by the impugned distinction. As a practical matter, all other things being equal, the greater the degree of unfettered choice involved in membership in the group that is adversely affected, the more difficult it will be to demonstrate that differential treatment undermines

Cette démarche se rapproche beaucoup plus de la jurisprudence qu'a inspirée l'arrêt *Andrews* qu'elle ne s'en écarte. Ainsi, elle ne s'appliquera pas très différemment au grand nombre de distinctions établies selon l'endroit de résidence, ou entre professionnels, employés ou différents genres d'occupations. Il ne suffit pas de démontrer que la loi traite une personne différemment d'une autre et que cette différence de traitement a conféré à une partie des avantages moindres que ceux dont jouissent d'autres parties. Il faut montrer que la distinction elle-même mine en quelque sorte un droit fondamental à une égale valeur et dignité humaine. Cette décision, comme je l'ai mentionné précédemment, dépendra en grande partie de la nature du groupe et du droit négativement touchés par la distinction contestée. En pratique, toutes choses étant par ailleurs égales, plus le libre choix qu'emporte l'appartenance à un groupe lésé est accru, plus il sera difficile de démontrer que le traitement

basic human rights. As well, in many such situations it will be fair to say that the nature of the interest being adversely affected by the distinction, as well as the constitutional and societal significance of that interest, will generally be comparatively low.

It is hoped that this approach offers to individuals and groups that may otherwise be denied the protections of s. 15 the opportunity to claim the fullest protections of our constitution. In my view, s. 15 will never realize its full potential until we adopt an approach that is truly effects-sensitive. The courts of this land must not rest until all individuals are able to enjoy the fundamental right to "equality without discrimination".

II. Application to the Facts

Our first task is to determine whether there is a legislative distinction between the rights claimants, Egan and Nesbit, and others, and whether this distinction results in the denial of one of the claimants' four basic equality rights (equality before the law, equality under the law, equal protection of the law, and equal benefit of the law) on the basis of their membership in an identifiable group.

For the reasons he sets out, I agree with Cory J. that it is clear that homosexual couples are denied the equal benefit of the law on the basis of the legislative distinction in s. 2 of the *Old Age Security Act*, which defines couples as relationships of "opposite sex". That Egan and Nesbit are able to claim higher benefits as separate individuals does not alter the fact that they have been denied the benefits, both tangible and intangible, of filing for old age benefits as a couple. It would take too narrow a view of the phrase "benefit of the law" to define it strictly in terms of economic interests. Official state recognition of the legitimacy and acceptance in society of a particular type of status or relationship may be of greater value and impor-

différent porte atteinte à des droits fondamentaux de la personne. De même, dans nombre de situations, il sera exact de dire que la nature du droit négativement touché par la distinction, de même que son importance sur le plan de la constitution et de la société, seront en général comparativement peu élevées.

Il est à espérer que cette démarche offre aux individus et aux groupes qui peuvent par ailleurs se voir nier la protection de l'art. 15 la possibilité de se prévaloir de la plus entière protection de notre constitution. À mon avis, l'art. 15 n'atteindra son plein potentiel que si nous adoptons une démarche véritablement axée sur les effets. Les tribunaux du pays n'auront de cesse que lorsque tous les individus pourront jouir du droit fondamental à l'«égalité indépendamment de toute discrimination».

II. Application aux faits

Notre première tâche consiste à déterminer si la loi crée une distinction entre les demandeurs Egan et Nesbit, et d'autres personnes, et si cette distinction entraîne la négation de l'un des quatre droits fondamentaux à l'égalité garantis aux demandeurs (égalité devant la loi, égalité dans la loi, même protection de la loi et même bénéfice de la loi) sur le fondement de leur appartenance à un groupe identifiable.

Je conviens avec le juge Cory, pour les motifs qu'il énonce, que les couples homosexuels se voient manifestement nier le droit au même bénéfice de la loi sur le fondement d'une distinction créée par l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, qui définit les couples comme une union entre personnes «de sexe opposé». Qu'Egan et Nesbit puissent individuellement se prévaloir de bénéfices plus avantageux ne change rien au fait qu'on leur a nié l'avantage, à la fois tangible et intangible, de demander des prestations de vieillesse en tant que couple. Ce serait adopter une interprétation trop restrictive de l'expression «bénéfice de la loi» que de la définir strictement sur le plan des intérêts économiques. La reconnaissance officielle par l'État de la légitimité et de l'acceptation dans la société d'une situation ou relation

84

85

86

tance to those affected than any pecuniary gain flowing from that recognition.

87 Furthermore, I share my colleague's reasoning and analysis to the effect that the impugned distinction in s. 2 of the *Old Age Security Act* is made on the basis of sexual orientation. It would be inconsistent with an effects-oriented approach to the *Charter* to require as a precondition for protection on this basis that sexual orientation be directly identified in the impugned legislation. Rather, it is sufficient that the couple's sexual orientation cannot in any meaningful way be separated from the "opposite sex" requirement in the Act. This reasoning translates equally well into the framework that I have developed above. In short, the impugned distinction excludes the rights claimants because they are homosexual. To the extent that I frame the problem somewhat more narrowly than Cory J., it is because I prefer to analyze the problem from the point of view of the group actually affected by the distinction, rather than in light of the somewhat illusory neutrality afforded by speaking of the "ground" of "sexual orientation".

88 The last step within s. 15 is to ask ourselves if the distinction is one which is capable of either promoting or perpetuating a view that the appellants Egan and Nesbit are, by virtue of their homosexuality, less capable or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration. This evaluation is accomplished by reference to both the nature of the group affected and the nature of the interest affected. These two factors constitute, in short, the all-important socio-economic context of the impugned distinction.

89 In my view, consideration of these two factors leads inevitably to the conclusion that the impugned distinction is discriminatory. My colleague Cory J. cites extensive evidence that same-sex couples are a highly socially vulnerable group, in that they have suffered considerable historical disadvantage, stereotyping, marginalization and

particulière peut revêtir plus de valeur et d'importance aux yeux de ceux qui sont touchés que tout gain pécuniaire découlant de cette reconnaissance.

En outre, je partage le raisonnement et l'analyse de mon collègue quant au fait que la distinction contestée créée par l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* est fondée sur l'orientation sexuelle. Il serait contraire à l'analyse de la *Charte* axée sur les effets que d'exiger, comme condition préalable à une protection sur ce fondement, que l'orientation sexuelle soit directement mentionnée dans la loi contestée. Il suffit plutôt que l'orientation sexuelle du couple ne puisse être distinguée de façon substantielle de l'exigence relative au «sex opposé» prévue dans la Loi. Ce raisonnement se traduit tout aussi bien dans le cadre que j'ai élaboré précédemment. Bref, la distinction contestée exclut les demandeurs parce qu'ils sont homosexuels. Dans la mesure où je pose le problème dans un cadre un peu plus étroit que ne le fait le juge Cory, je préfère l'analyser du point de vue du groupe véritablement touché par la distinction plutôt qu'à la lumière de la neutralité quelque peu illusoire qu'offre le «motif» d'«orientation sexuelle».

Il convient en dernier lieu, dans le cadre de l'art. 15, de se demander si la distinction est susceptible de promouvoir ou de perpétuer l'opinion suivant laquelle les appellants Egan et Nesbit sont, en raison de leur homosexualité, moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. On arrivera à résoudre cette question en examinant tant la nature du groupe touché que celle du droit touché. Ces deux facteurs forment, en fait, le très important contexte socio-économique de la distinction contestée.

À mon avis, si on considère ces deux facteurs, on doit inévitablement conclure que la distinction contestée est discriminatoire. Mon collègue le juge Cory cite une preuve abondante que les couples de même sexe sont un groupe très vulnérable sur le plan social puisqu'ils ont été victimes de désavantages, de stéréotypes, de marginalisation et de stig-

stigmatization within Canadian society. The distinction, moreover, is on the basis of an aspect of 'personhood' that is quite possibly biologically based and that is at the very least a fundamental choice. Finally, I cannot help but note that, in addition to being homosexuals, those individuals directly affected by the distinction are all, by definition, also elderly and poor. They are therefore at the margins of an already marginalized group within society.

I turn next to the nature of the interest adversely affected. The impugned legislation, the *Old Age Security Act*, is a cornerstone in Canada's social security net, which is, in turn, a cherished and fundamental institution in our society. It involves the guarantee of a minimum level of income for elderly couples in conjugal relationships. The interest affected is therefore quite a fundamental one, from both a societal and, quite possibly, a constitutional perspective. Although the claimants cannot be said to suffer any economic prejudice from the distinction since they are each entitled as individuals to a certain minimum income level, it cannot be overlooked that the rights claimants have been directly and completely excluded, as a couple, from any entitlement to a basic shared standard of living for elderly persons cohabiting in a relationship analogous to marriage. This interest is an important facet of full and equal membership in Canadian society. Given the marginalized position of homosexuals in society, the metamessage that flows almost inevitably from excluding same-sex couples from such an important social institution is essentially that society considers such relationships to be less worthy of respect, concern and consideration than relationships involving members of the opposite sex. This fundamental interest is therefore severely and palpably affected by the impugned distinction.

Blending my analysis of the nature of the interest together with my conclusions regarding the nature of the group affected by the impugned distinction, I am convinced that this distinction is reasonably capable of exacting a discriminatory toll upon the group affected. I would therefore find the

matiation historiques considérables dans la société canadienne. La distinction est du reste fondée sur un aspect de la «personnalité» qui relève fort probablement d'une question biologique et qui est à tout le moins un choix fondamental. Enfin, je ne peux m'empêcher de remarquer qu'outre le fait d'être homosexuelles, les personnes directement touchées par la distinction sont toutes par définition âgées et pauvres. Elles font donc partie d'un groupe déjà marginalisé au sein de la société.

Je me pencherai maintenant sur la nature du droit touché. La loi contestée, la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, est une pierre angulaire de la protection sociale au Canada qui, elle, est une institution vénérée et fondamentale dans notre société. Elle garantit un niveau de revenu minimum aux couples âgés qui vivent en union conjugale. Le droit touché est par conséquent des plus fondamentaux, à la fois du point de vue social et, fort probablement, du point de vue constitutionnel. Bien qu'on ne puisse dire que les demandeurs subissent un préjudice économique du fait de la distinction puisqu'ils ont tous deux droit, à titre individuel, à un revenu minimum, on ne peut négliger le fait qu'ils ont été directement et complètement exclus, en tant que couple, de tout droit à une qualité de vie de base partagée pour des personnes âgées dont l'union s'apparente au mariage. Ce droit est un élément important d'une appartenance pleine et égale à la société canadienne. Étant donné la position marginale qu'occupent les homosexuels dans la société, le message général qui découle presque inévitablement de l'exclusion des couples de même sexe d'une institution sociale si importante est essentiellement que la société considère que de telles unions ne méritent pas le même intérêt, le même respect et la même considération que les unions de personnes de sexe opposé. Ce droit fondamental est par conséquent touché gravement et de façon tangible par la distinction contestée.

Si je joins mon analyse de la nature du droit à mes conclusions sur la nature du groupe touché par la distinction contestée, je suis convaincue que celle-ci est raisonnablement susceptible d'imposer un fardeau discriminatoire au groupe qui en est victime. Je conclurais donc que la distinction en

impugned distinction to be discriminatory within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*.

cause est discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*.

92 A violation of s. 15(1) of the *Charter* may be saved under s. 1 if the impugned distinction is demonstrably justifiable in our free and democratic society. I am of the opinion, however, that the instant violation cannot be salvaged by s. 1, as it is not relevant to a proportionate extent to a pressing and substantial objective.

Une violation du par. 15(1) de la *Charte* peut être sauvegardée au regard de l'article premier si la justification de la distinction peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Je suis d'avis, toutefois, que dans le cas qui nous occupe, la violation ne peut être sauvegardée par l'article premier puisqu'elle ne se rapporte pas dans une mesure proportionnelle à un objectif urgent et réel.

93 Like Iacobucci J., I would characterize the purpose of the legislation, which s. 2 of the Act is intended to further, in the way it was framed by Linden J.A. ([1993] 3 F.C. 401, at p. 446):

À l'instar du juge Iacobucci, je reprendrais les termes utilisés par le juge Linden de la Cour d'appel fédérale pour qualifier l'objectif législatif que l'art. 2 de la Loi est destiné à promouvoir ([1993] 3 C.F. 401, à la p. 446):

In general terms . . . to ensure that when one partner in a couple retires, that couple will continue to receive income equivalent to the amount that would be earned if both members of the couple were retired.

En termes généraux [. . .] faire en sorte que quand l'un des deux membres du couple prend sa retraite, ce couple continue à recevoir un revenu équivalent à celui qu'auraient gagné les deux s'ils avaient pris leur retraite tous les deux.

I believe that this objective is pressing and substantial and that it is not, itself, animated by a discriminatory purpose. I find, however, that the impugned distinction (i.e. the impugned means to achieve this objective) fails all three branches of the proportionality test.

À mon avis, il s'agit là d'un objectif urgent et réel et il n'est pas, en soi, guidé par un but discriminatoire. Par contre, la distinction contestée (c'est-à-dire le moyen utilisé pour atteindre l'objectif) échoue aux trois volets du critère de la proportionnalité.

94 With respect to the first branch of the proportionality test set out in *Oakes*, I have a great deal of difficulty even concluding that the exclusion of same-sex couples is rationally connected to the objective cited above. The legislation excludes couples who would fill all of the other criteria in the Act except the requirement that they are of the opposite sex. To find that this distinction is rationally connected to the objective of the legislation requires us to conclude that same-sex couples are so different from married couples that it would be unreasonable to make the same benefits available to both. At best, the government has only demonstrated that this is its assumption. I am in entire

En ce qui concerne le premier volet du critère de la proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes*, j'éprouve énormément de difficulté même à conclure que l'exclusion des couples de même sexe a un lien rationnel avec l'objectif énoncé précédemment. La disposition exclut les couples qui satisfont à tous les autres critères prévus dans la Loi, à l'exception de la condition d'être de sexe opposé. Pour trouver à cette distinction un lien rationnel avec l'objectif de la loi, il nous faut conclure que les couples de même sexe sont si différents des couples mariés qu'il serait déraisonnable de leur permettre à eux aussi d'obtenir les mêmes bénéfices. Au mieux, le gouvernement a uniquement

agreement with Iacobucci J.'s observation that the presumption that same-sex relationships are somehow less interdependent than opposite-sex relationships is, itself, a fruit of stereotype rather than one of demonstrable, empirical reality. See *Mossop*, *supra*, at pp. 630-31, *per* L'Heureux-Dubé J. It would be strange, indeed, to permit the government to justify a discriminatory distinction on the basis of presumptions which are, themselves, discriminatory. This would defeat the very purpose which s. 15(1) is intended to further.

In this context, I would also reject any argument that homosexual relationships have a distinct biological reality — namely that homosexuality is non-procreative — as dangerously reminiscent of the type of biologically based arguments that this Court has now firmly rejected. Compare *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183, at p. 190, with *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, at pp. 1243-44. Moreover, as Iacobucci J. points out, it is evident that the absence or presence of children has nothing whatsoever to do with eligibility for the old age spousal supplement under the Act. I therefore find that the impugned distinction fails the rational connection branch of the proportionality test. Though it is not necessary to address the remaining branches of the *Oakes* test, I shall do so briefly to demonstrate that I would reach the same result in any event.

I agree with Iacobucci J.'s application of the minimal impairment branch of the test. To this, I would add that it cannot be argued that the fact that greater economic benefits may be available to Nesbit, as a single person, under the provincial *Guaranteed Available Income for Need Act*, R.S.B.C. 1979, c. 158, is evidence that the infringement of s. 15 is minimally impairing. As I have already noted elsewhere, a balance sheet approach to economic benefits and prejudices trivializes and, in many

démontré qu'il s'agit là d'une supposition. Je souscris sans réserve au commentaire du juge Iacobucci lorsqu'il dit que l'hypothèse suivant laquelle les personnes de même sexe entretiennent une union qui, d'une certaine façon, n'est pas aussi interdépendante que l'union de personnes de sexe opposé, est en soi le fruit d'un stéréotype et non d'une réalité démontrable et empirique. Voir mes motifs dans *Mossop*, précité, aux pp. 630 et 631. Il serait effectivement étrange de permettre au gouvernement de justifier une distinction discriminatoire sur le fondement de présomptions qui sont elles-mêmes discriminatoires. On viendrait ainsi contrecarrer l'objectif même que le par. 15(1) est destiné à promouvoir.

Dans ce contexte, j'écarterais également tout argument portant que les unions homosexuelles ont une réalité biologique distincte — soit que l'homosexualité n'est pas procréatrice — puisqu'il rappelle dangereusement le type d'arguments fondés sur un aspect biologique que notre Cour a maintenant fermement rejetés. Comparer *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183, à la p. 190, et *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, aux pp. 1243 et 1244. Du reste, comme le signale le juge Iacobucci, il est évident que l'absence ou la présence d'enfants n'a absolument rien à voir avec l'admissibilité au supplément de conjoint en vertu de la Loi. Je conclus, par conséquent, que la distinction contestée échoue au volet du lien rationnel du critère de la proportionnalité. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de traiter des autres volets du critère énoncé dans *Oakes*, je le ferai brièvement pour démontrer que j'arriverais au même résultat de toute façon.

Je souscris à l'application que fait le juge Iacobucci du volet du test portant sur l'atteinte minimale. À cela, j'ajouterais qu'on ne saurait soutenir que le fait que Nesbit puisse obtenir des avantages économiques accrus à titre de personne seule en vertu de la *Guaranteed Available Income for Need Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 158, de la province prouve que la violation de l'art. 15 est une atteinte minimale. Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, aborder les avantages et les préjudices écono-

ways, misconstrues the nature of the human rights violation at issue.

97 The Attorney General of Canada argues that the impugned legislation is social, not punitive, and should thereby enjoy a somewhat more deferential standard of review by this Court. As I have already noted, I do not believe that such deference is appropriate when there is a reasonable alternative, readily available, that is not the subject of conflicting social science views, that would materially lessen the effect of the rights violation to the affected group, and that would not result in a concomitant prejudice to another group. To accord deference merely because the issue is a "social" one would be to issue a licence to discriminate in favour of the *status quo*. In the present case, I believe that a reasonable alternative remedy is, indeed, available. The discriminatory effect would, in fact, be eliminated without prejudice to the rights or interests of any other group, by extending coverage to same-sex couples who otherwise fulfil all of the other non-discriminatory criteria required in the Act.

98 Finally, the third branch of the test requires that there be a proportionality between the discriminatory and salutary effects of the distinction. At this stage, it is appropriate to recall that the *Charter* breach (i.e. the discriminatory effect) is quite severe. The discrimination against homosexuals arises on the face of the legislation and flows inevitably from the "opposite sex" requirement in s. 2 of the Act. In addition, the impugned distinction is in an Act that plays an important role in a very important Canadian social institution. The interest at issue is a fundamental one — the right to a basic level of income for the elderly — and the non-recognition is complete, rather than partial. Although the claimants are not necessarily economically worse off as a result of their exclusion from the *Old Age Security Act*, the complete exclusion from the program of same-sex couples has a significant discriminatory impact in terms of perpetuating prejudice, stereotyping, and marginalization of

miques du point de vue d'un bilan banalise la nature de la violation des droits de la personne en cause et, à maints égards, en constitue une interprétation erronée.

Le procureur général du Canada soutient que la loi contestée est sociale et non punitive et que, de ce fait, notre Cour devrait faire preuve d'une plus grande retenue dans son examen. Je le répète, je ne crois pas qu'une telle retenue soit appropriée lorsqu'il existe une autre solution raisonnable, facilement exécutable, qui ne suscite pas d'opinions contradictoires sur le plan des sciences sociales, qui atténuerait considérablement l'effet de la violation des droits du groupe concerné, et qui ne causerait de préjudice à aucun autre groupe. Faire preuve de retenue simplement parce que la question est «sociale» reviendrait à permettre la discrimination en faveur du statu quo. Dans l'affaire qui nous occupe, je crois qu'il existe effectivement une autre solution qui soit raisonnable. L'effet discriminatoire serait, en fait, éliminé sans préjudice aux droits de tout autre groupe si on élargissait la Loi pour l'appliquer aux couples de même sexe qui satisfont par ailleurs à tous les autres critères non discriminatoires qui y sont prévus.

Enfin, le troisième volet du critère requiert qu'il y ait proportionnalité entre les effets discriminatoires et les effets bénéfiques de la distinction. À cette étape-ci, il y a lieu de rappeler que la violation de la *Charte* (c'est-à-dire l'effet discriminatoire) est très grave. La discrimination à l'égard des homosexuels ressort du texte de la loi et découle inévitablement de l'exigence relative au «sexe opposé» prévue à l'art. 2. En outre, la distinction contestée se trouve dans une loi qui joue un rôle capital dans une institution sociale canadienne fort importante. Le droit en cause est fondamental — le droit à un niveau minimum de revenu pour les personnes âgées — et la non-reconnaissance est complète, pas seulement partielle. Bien que les demandeurs ne soient pas nécessairement plus désavantagés sur le plan économique du fait qu'ils sont exclus de la portée de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, l'exclusion complète du programme des couples de même sexe a un effet

same-sex couples, and homosexuals and lesbians individually.

It can be argued that the primary salutary effect of the distinction, on the other hand, is the savings it ostensibly entails to the public purse. The government's expert estimates this saving as ranging between \$12 million and \$37 million. The appellants' cross-examination at trial of that expert suggests that this figure may be considerably less. I would nonetheless make three observations in relation to this argument. First, by the government's own account, these sums account for only between two and four percent of the total cost of the old age supplement program. Second, I have referred to these savings as "ostensible" because if the affected persons had been in heterosexual relationships instead of homosexual relationships, the government would have to have paid out this money anyway. Finally, I note that the majority of this Court recognized in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 709, that budgetary considerations should not be determinative of a s. 1 analysis, and should more properly be considered when attempting to formulate an appropriate remedy. On this basis, I conclude that the deleterious effects of the impugned distinction outweigh its salutary effects.

It goes without saying that I cannot agree with the novel approach to s. 1 taken by Sopinka J. in this case, particularly in light of the following remarks by Dickson C.J. in *Oakes*, *supra*, at p. 136:

A second contextual element of interpretation of s. 1 is provided by the words "free and democratic society". Inclusion of these words as the final standard of justification for limits on rights and freedoms refers the Court to the very purpose for which the *Charter* was originally entrenched in the Constitution: Canadian society is to be free and democratic. The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person,

discriminatoire important en ce qu'elle perpétue un préjudice, un stéréotype et une marginalisation à l'égard des couples de même sexe, et des gais et lesbiennes individuellement.

On pourrait soutenir que, d'autre part, la distinction a manifestement pour effet bénéfique premier de permettre au trésor public de réaliser des économies. L'expert du gouvernement estime que ces économies se situent entre 12 et 37 millions de dollars. Le contre-interrogatoire de cet expert mené par les appelants au procès donne à entendre que ces chiffres pourraient être beaucoup plus bas. Je ferais néanmoins trois commentaires relativement à cet argument. Premièrement, suivant le gouvernement lui-même, ces sommes représentent de deux à quatre pour cent seulement du coût total du programme d'allocation pour personnes âgées. Deuxièmement, j'ai parlé d'économies «manifestes» parce que, si les personnes touchées avaient entretenu une relation hétérosexuelle plutôt qu'homosexuelle, le gouvernement aurait eu à verser cet argent de toute façon. Enfin, je remarque que notre Cour à la majorité a reconnu dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 709, que les considérations d'ordre budgétaire ne devaient pas être déterminantes à l'égard de l'analyse effectuée dans le cadre de l'article premier, et devaient être plus justement considérées à l'étape de l'élaboration d'une réparation appropriée. Sur ce fondement, j'estime que les effets préjudiciables de la distinction contestée excèdent ses effets bénéfiques.

Il va sans dire que je ne saurais être d'accord avec l'approche nouvelle qu'adopte le juge Sopinka relativement à l'article premier, particulièrement compte tenu des remarques du juge en chef Dickson dans *Oakes*, précité, à la p. 136:

Un second élément contextuel d'interprétation de l'article premier est fourni par l'expression «société libre et démocratique». L'inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchéassement de la *Charte* dans la Constitution: la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhé-

commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the Charter and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified. [Emphasis added.]

There is a first time to every discrimination claim. To permit the novelty of the appellants' claim to be a basis for justifying discrimination in a free and democratic society undermines the very values which our *Charter*, including s. 1, seeks to preserve.

101 I therefore conclude that the impugned distinction violates s. 15 of the *Charter* and cannot be saved by s. 1.

III. Disposition

102 I would allow the appeal with costs throughout, and adopt the remedy proposed by Iacobucci J.

The following are the reasons delivered by

103 SOPINKA J. — I have read the reasons of my colleagues, Justices La Forest, L'Heureux-Dubé and Cory and Iacobucci, and while I agree with Cory J. that the impugned legislation infringes s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in my opinion such infringement is saved under s. 1.

104 I agree with the respondent the Attorney General of Canada that government must be accorded some flexibility in extending social benefits and does not have to be pro-active in recognizing new social relationships. It is not realistic for the Court to assume that there are unlimited funds to address the needs of all. A judicial approach on this basis would tend to make a government reluctant to create any new social benefit schemes because their limits would depend on an accurate prediction of

rente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la Charte et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer. [Je souligne.]

Il y a une première fois pour chaque plainte de discrimination. Permettre de se fonder sur la nouveauté de la demande des appelants pour justifier une discrimination dans une société libre et démocratique mine les valeurs mêmes que notre *Charte*, y compris l'article premier, cherche à préserver.

Je conclus, par conséquent, que la distinction contestée viole l'art. 15 de la *Charte* et ne peut être justifiée sous le régime de l'article premier.

III. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et d'adopter la réparation que propose le juge Iacobucci.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — J'ai lu les motifs de mes collègues les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory et Iacobucci. Si je conviens avec le juge Cory que la disposition législative contestée viole le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, à mon avis cette violation est justifiée au regard de l'article premier.

Tout comme le procureur général du Canada intimé, je suis d'avis que le gouvernement doit pouvoir disposer d'une certaine souplesse dans la prestation des avantages sociaux et qu'il n'est pas tenu d'adopter une attitude proactive pour ce qui est de la reconnaissance des nouvelles formes de relations dans la société. La Cour ferait preuve d'un manque de réalisme si elle présumait qu'il existe des ressources inépuisables pour répondre aux besoins de chacun. Si les tribunaux adoptaient

the outcome of court proceedings under s. 15(1) of the *Charter*. The problem is identified by Professor Hogg in *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at pp. 911-12, where he states:

It seems likely that virtually any benefit programme could be held to be under-inclusive in some respect. The effect of *Schachter* [[1990] 2 F.C. 129 (C.A.)] and *Tétreault-Gadoury* [[1991] 2 S.C.R. 22] is to subject benefit programmes to unpredictable potential liabilities. These decisions by-pass the normal processes by which a government sets its priorities and obtains parliamentary approval of its estimates.

This Court has recognized that it is legitimate for the government to make choices between disadvantaged groups and that it must be provided with some leeway to do so. In *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, La Forest J., in the course of his reasons which found that s. 9(a) of the Ontario *Human Rights Code, 1981* violated s. 15(1) but was justified under s. 1, stated at pp. 317-18:

In looking at this type of issue, it is important to remember that a Legislature should not be obliged to deal with all aspects of a problem at once. It must surely be permitted to take incremental measures. It must be given reasonable leeway to deal with problems one step at a time, to balance possible inequalities under the law against other inequalities resulting from the adoption of a course of action, and to take account of the difficulties, whether social, economic or budgetary, that would arise if it attempted to deal with social and economic problems in their entirety, assuming such problems can ever be perceived in their entirety. This Court has had occasion to advert to possibilities of this kind. In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [[1986] 2 S.C.R. 713], Dickson C.J., there dealing with the regulation of business and industry, had this to say, at p. 772:

I might add that in regulating industry or business it is open to the legislature to restrict its legislative reforms to sectors in which there appear to be particularly urgent concerns or to constituencies that seem especially needy. In this context, I agree with the

une telle conception, les gouvernements pourraient hésiter à mettre sur pied de nouveaux régimes d'avantages sociaux puisqu'il faudrait, pour en connaître les paramètres, prévoir avec exactitude l'issue des procédures judiciaires instituées sous le régime du par. 15(1) de la *Charte*. Dans *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), aux pp. 911 et 912, le professeur Hogg cerne le problème:

[TRADUCTION] Pour ainsi dire tous les programmes de prestations seraient susceptibles d'être jugés insuffisants à certains égards. Les arrêts *Schachter* [[1990] 2 C.F. 129 (C.A.)] et *Tétreault-Gadoury* [[1991] 2 R.C.S. 22] ont pour effet d'exposer les programmes de prestations à des obligations potentielles imprévisibles. Ces décisions contournent les voies normales par lesquelles le gouvernement établit ses priorités et obtient l'approbation parlementaire pour ses budgets.

Notre Cour a reconnu le droit du gouvernement de privilégier certains groupes désavantagés et de jouir d'une certaine marge de manœuvre à cet égard. Dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, où il a conclu que, bien qu'il viole le par. 15(1), l'al. 9a) du *Code des droits de la personne (1981)* de l'Ontario était justifié au regard de l'article premier, le juge La Forest écrit, aux pp. 317 et 318:

Dans l'examen de ce genre de questions, il est important de se rappeler qu'un législateur ne peut être tenu de traiter tous les aspects d'un problème à la fois. Il doit certainement pouvoir adopter des mesures progressives. Il doit avoir une marge de manœuvre raisonnable pour traiter des problèmes étape par étape, pour soupeser les inégalités qui peuvent découler de la loi en fonction des autres inégalités qui résultent de l'adoption d'une ligne de conduite, et pour tenir compte des difficultés, qu'elles soient de nature sociale, économique ou budgétaire, qui se présenteraient s'il tentait de traiter des problèmes socio-économiques dans leur ensemble, en supposant qu'il soit possible de les saisir dans leur ensemble. Notre Cour a eu l'occasion de discuter de possibilités de ce genre. Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [[1986] 2 R.C.S. 713] le juge en chef Dickson, traitant de la réglementation du commerce et de l'industrie, dit, à la p. 772:

Je pourrais ajouter qu'en réglementant une industrie ou un commerce, il est loisible au législateur de limiter sa réforme législative à des secteurs où il semble y avoir des préoccupations particulièrement urgentes ou à des catégories où cela semble particu-

opinion expressed by the United States Supreme Court in *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955), at p. 489:

Evils in the same field may be of different dimensions and proportions, requiring different remedies. Or so the legislature may think. . . . Or the reform may take one step at a time, addressing itself to the phase of the problem which seems most acute to the legislative mind. . . . The legislature may select one phase if one field and apply a remedy there, neglecting the others.

The question becomes whether the cut-off point can be reasonably supported.

At pages 318-19 he added:

But generally, the courts should not lightly use the *Charter* to second-guess legislative judgment as to just how quickly it should proceed in moving forward towards the ideal of equality. The courts should adopt a stance that encourages legislative advances in the protection of human rights. Some of the steps adopted may well fall short of perfection, but as earlier mentioned, the recognition of human rights emerges slowly out of the human condition, and short or incremental steps may at times be a harbinger of a developing right, a further step in the long journey towards full and ungrudging recognition of the dignity of the human person.

lièrement nécessaire. À cet égard, je partage l'opinion exprimée par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955), à la p. 489:

[TRADUCTION] Les maux que l'on trouve dans un même domaine peuvent avoir des dimensions et des proportions différentes, et exiger des redressements différents. Du moins, le législateur peut le croire. . . . Ou la réforme peut se faire étape par étape, en ne s'attaquant qu'à la phase du problème que le législateur estime la plus critique. . . . Le législateur peut sélectionner une phase dans un domaine et y apporter un redressement, tout en négligeant les autres.

La question est donc de savoir si la ligne de démarcation peut être raisonnablement justifiée.

Puis il ajoute aux pp. 318 et 319:

Mais de façon générale, les tribunaux ne devraient pas se servir à la légère de la *Charte* pour se prononcer après coup sur le jugement du législateur afin de déterminer le rythme qu'il devrait emprunter pour parvenir à l'idéal de l'égalité. Les tribunaux devraient adopter une attitude qui encourage les progrès législatifs en matière de protection des droits de la personne. Certaines des mesures adoptées ne sont peut-être pas parfaites, mais comme je l'ai déjà mentionné, la reconnaissance des droits de la personne émerge lentement de l'expérience humaine et le fait d'avancer à petits pas ou progressivement peut parfois laisser présager la naissance d'un droit et constituer un autre jalon dans le long processus vers une reconnaissance pleine et entière de la dignité de la personne humaine.

C'est dans ce contexte qu'il faut examiner le critère de l'article premier. Lorsqu'on évalue l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, en regard de l'objectif général d'atténuation de la pauvreté chez les conjoints âgés, on ne doit pas tenir pour inaltérable le choix du législateur. L'historique de la loi témoigne d'une constante évolution de la définition des personnes destinées à bénéficier de l'allocation. Une série de modifications ont élargi le groupe des bénéficiaires en fonction de renseignements obtenus sur ceux que la retraite ou le décès du «soutien de la famille» a rendu le plus indigents. Ainsi que le souligne le juge La Forest, avant 1975, l'interprétation de «conjoint» aurait exclu les conjoints de fait. En vertu de l'art. 1 des S.C. 1974-75-76,

It is in this context that the s. 1 criteria must be considered. When s. 2 of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, is measured against overall objectives of alleviation of poverty of elderly spouses, it should not be judged on the basis that Parliament has made this choice for all time. The history of the legislation shows an evolving expansion of the definition of the intended recipients of the benefits. Successive amendments expanded the group entitled to these benefits on the basis of current information as to those in the greatest need of financial assistance resulting from the retirement or death of the "breadwinner". As La Forest J. points out, prior to 1975 the interpretation of "spouse" would not have extended to common law spouses. By virtue of S.C. 1974-75-76, c. 58, s. 1,

a definition of "spouse" was added to include common law spouses. In 1979 provisions were added for certain widowed spouses, and in 1985 these benefits were extended to include all widows and widowers aged 60 to 65 who had not remarried. During the second reading of the 1979 amendment to the *Old Age Security Act*, the Honourable Flora MacDonald stated:

Statistics have shown that in 90 per cent of marriages, the younger spouse is female and that females live longer than males. These women, who in their younger years remained in the home looking after children, with no access to continuing income or pension plans, are the same women who in their later years too often become the victims of a society which has not yet come to terms with equality in the work place.

(*House of Commons Debates*, vol. I, 1st Sess., 31st Parl., October 22, 1979, at p. 476.)

With respect to the 1985 amendment, the trial judge found as follows:

The government at the time, in 1985, recognized that the measures introduced did not solve all of the problems of all citizens but, to the Minister of National Health and Welfare, the Honourable Jake Epp, the legislation was addressing itself to those in greatest need. [Emphasis added.]

([1992] 1 F.C. 687, at p. 693.)

The Attorney General of Canada has taken the position in his factum that "the means chosen does not have to be necessarily the solution for all time. Rather, there may always be a possibility that more acceptable arrangements can be worked out over time". Viewed in this light, the impugned legislation can be regarded as a substantial step in an incremental approach to include all those who are shown to be in serious need of financial assistance due to the retirement or death of a supporting spouse. It is therefore rationally connected to the objective.

With respect to minimal impairment, the legislation in question represents the kind of socio-economic question in respect of which the government is required to mediate between competing groups rather than being the protagonist of an individual.

ch. 58, la définition de «conjoint» a été ajoutée de façon à inclure les conjoints de fait. En 1979, des dispositions ont été ajoutées relativement à certains conjoints veufs et, en 1985, les bénéficiaires ont été étendus aux veuves et veufs de 60 à 65 ans qui ne s'étaient pas remariés. Au cours de la deuxième lecture de la modification de 1979 à la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, l'honorable Flora MacDonald a déclaré:

D'après les statistiques, la femme est le plus jeune des conjoints dans 90 p. 100 des ménages, et les femmes vivent plus longtemps que les hommes. Ces femmes qui, dans leur jeunesse, sont restées au foyer sans salaire permanent ni caisse de retraite pour s'occuper des enfants, ce sont celles qui, par la suite, ont trop souvent à se plaindre d'une société qui n'a pas encore appris à respecter l'égalité au travail.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. I, 1^{re} sess., 31^e lég., le 22 octobre 1979, à la p. 476.)

Au sujet de la modification adoptée en 1985, le juge de première instance a dit:

Le gouvernement en place en 1985 admettait que les mesures adoptées ne réglait pas tous les problèmes de tous les citoyens, mais selon le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de l'époque, l'honorable Jake Epp, la législation visait ceux et celles qui avaient le plus grand besoin d'aide. [Je souligne.]

([1992] 1 C.F. 687, à la p. 693.)

Le procureur général du Canada fait valoir dans son mémoire que [TRADUCTION] «les mesures choisies ne doivent pas nécessairement constituer une solution immuable. Il doit plutôt toujours y avoir une possibilité d'adopter des modalités plus acceptables avec le temps». Vue sous cet angle, la disposition législative attaquée marque une étape importante vers l'intégration progressive de tous ceux qui sont jugés avoir un besoin impérieux d'aide financière, découlant de la retraite ou du décès du conjoint soutien de la famille. Elle a donc un lien rationnel avec l'objectif.

Quant à l'atteinte minimale, la disposition en question soulève le genre de question socio-économique relativement à laquelle le gouvernement doit faire office de médiateur entre groupes opposés plutôt que de défenseur d'un individu. Dans

In these circumstances, the Court will be more reluctant to second-guess the choice which Parliament has made. See *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. I would conclude, as La Forest J. did in *McKinney*, that I am “not prepared to say that the course adopted by the Legislature, in the social and historical context through which we are now passing, is not one that reasonably balances the competing social demands which our society must address” (p. 314).

ces circonstances, la Cour sera d’autant plus réticente à se prononcer après coup sur le choix du législateur. Voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927. À l’instar du juge La Forest dans l’arrêt *McKinney*, je ne suis pas «prêt à dire que la ligne de conduite adoptée par le législateur, dans le contexte social et historique que nous connaissons actuellement, n’établit pas un équilibre raisonnable entre les revendications sociales concurrentes auxquelles doit s’attaquer notre société» (p. 314).

110 It follows that there is proportionality between the effects of the legislation on the protected right and the legislative objective. The proper balance was struck by Parliament in providing financial assistance to those who were shown to be in the greatest need of financial assistance.

Il s’ensuit donc qu’il y a proportionnalité entre les effets de la disposition législative sur le droit garanti et l’objectif qu’il poursuit. Le législateur a atteint un juste équilibre en apportant une aide financière à ceux qui ont été jugés en avoir le plus besoin.

111 It may be suggested that the time has expired for the government to proceed to extend the benefits to same-sex couples and that it cannot justify a delay since 1975 to include same-sex couples. While there is some force in this suggestion, it is necessary to keep in mind that only in recent years have lower courts recognized sexual orientation as an analogous ground, and this Court will have done so for the first time in this case. While it is true, as Cory J. observes, that many provincial legislatures have amended human rights legislation to prohibit discrimination on the basis of sexual orientation, these amendments are of recent origin. Moreover, human rights legislation operates in the field of employment, housing, use of public facilities and the like. This can hardly be equated with the problems faced by the federal government which must assess the impact of extending the benefits contained in some 50 federal statutes. Given the fact that equating same-sex couples with heterosexual spouses, either married or common law, is still generally regarded as a novel concept, I am not prepared to say that by its inaction to date the government has disintitiled itself to rely on s. 1 of the *Charter*.

On pourrait prétendre que le gouvernement a épuisé le temps dont il disposait pour étendre les bénéfices aux couples de même sexe et qu’il ne peut justifier le retard qu’il a mis depuis 1975 à le faire. Si cette prétention a une certaine valeur, nous ne pouvons toutefois oublier que ce n’est que récemment que les tribunaux d’instance inférieure ont reconnu l’orientation sexuelle au nombre des motifs analogues, et notre Cour aura conclu dans ce sens pour la première fois dans la présente affaire. S’il est vrai, ainsi que le signale le juge Cory, que beaucoup de législatures provinciales ont modifié leurs lois sur les droits de la personne pour interdire la discrimination fondée sur l’orientation sexuelle, ces modifications sont récentes. En outre, les domaines visés par les lois sur les droits de la personne sont l’emploi, l’habitation, l’utilisation d’installations publiques et autres domaines semblables. On ne saurait comparer cela aux problèmes du gouvernement fédéral, qui doit évaluer l’impact de l’élargissement des bénéfices prévus dans quelque 50 lois fédérales. Puisque l’assimilation des couples de même sexe aux conjoints hétérosexuels, mariés ou en union de fait, est encore perçue en général comme un concept nouveau, je ne suis pas prêt à dire que, par son inaction jusqu’ici, le gouvernement s’est privé du droit d’invoquer l’article premier de la *Charte*.

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

Question 1: Does the definition of “spouse” in s. 2 of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, infringe or deny s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

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

Answer: Yes.

The following are the reasons delivered by

CORY AND IACOBUCCI JJ. (dissenting) — The issue raised by this appeal is whether the definition of “spouse” in s. 2 of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, violates s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In these joint reasons Cory J. has dealt with the issues pertaining to the breach of s. 15(1) of the *Charter* while Iacobucci J. has considered the applicability of s. 1 of the *Charter* and the appropriate remedy.

CORY J.

The appellants James Egan and John Norris Nesbit are a homosexual couple. They have lived together since 1948 in what is obviously an intimate, caring, mutually supportive relationship. They have shared and continue to share bank accounts, credit cards and property ownership. By their wills they have appointed each other their respective executors and beneficiaries. To their families and friends they refer to themselves as partners.

On October 1, 1986, some 38 years after the relationship began, Egan, having reached age 65, became eligible to receive old age security and a guaranteed income supplement, pursuant to the provisions of the *Old Age Security Act*, R.S.C.

En conséquence, je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de donner les réponses suivantes aux questions constitutionnelles:

Question 1: La définition de «conjoint», à l’art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, porte-t-elle atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

Question 2: Dans l’affirmative, s’agit-il d’une atteinte dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique, conformément à l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI (dissidents) — Il s’agit en l’espèce de déterminer si la définition de «conjoint» à l’art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, viole le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans ces motifs conjoints, le juge Cory traite des questions portant sur la violation du par. 15(1) de la *Charte*, alors que le juge Iacobucci se penche sur l’applicabilité de l’article premier de la *Charte* et sur la réparation qu’il convient d’accorder.

LE JUGE CORY

Les appelants James Egan et John Norris Nesbit forment un couple homosexuel. Ils vivent ensemble depuis 1948 une union de toute évidence intime, marquée par le soutien et l’affection mutuels. Ils partagent comptes bancaires, cartes de crédit et autres biens. Dans leurs testaments, chacun a désigné l’autre comme son exécuteur testamentaire et son bénéficiaire et, à leurs familles et amis, ils se présentent comme des partenaires.

Le 1^{er} octobre 1986, quelque 38 ans après le début de l’union, Egan a atteint 65 ans. Il avait donc droit à la pension de sécurité de la vieillesse et au supplément de revenu garanti, en application de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.R.C.

112

113

114

115

1970, c. O-6 (later R.S.C., 1985, c. O-9). The same Act provides for a spousal allowance to be paid to the spouse of a pensioner when that spouse is between 60 and 65 years of age and the couple's combined income falls below a fixed level. Upon reaching age 60, Nesbit applied for a spousal allowance describing Egan as his spouse. The application was rejected by the Department of National Health and Welfare solely on the basis that the relationship between Nesbit and Egan was of a homosexual nature and thus did not meet the definition of spouse set out in s. 2 of the Act.

1970, ch. O-6 (devenu L.R.C. (1985), ch. O-9). Celle-ci prévoit le versement d'une allocation au conjoint du pensionné si le conjoint a entre 60 et 65 ans et que le revenu total du couple n'atteint pas un seuil prescrit. À 60 ans, Nesbit a donc fait une demande d'allocation de conjoint, indiquant qu'Egan était son conjoint. Le ministère de la Santé nationale et du Bien-Être social a rejeté sa demande pour le seul motif que l'union entre Nesbit et Egan était de nature homosexuelle et, partant, ne répondait pas à la définition de conjoint énoncée à l'art. 2 de la Loi.

116

The appellants brought an action in the Federal Court seeking a declaration that the definition of "spouse" in s. 2 of the *Old Age Security Act* contravenes s. 15(1) of the *Charter* on the grounds that it discriminates on the basis of sexual orientation. They also sought a declaration that the definition of "spouse" should be extended to include "partners in same sex relationships otherwise akin to conjugal relationships". On December 2, 1991, the Trial Division dismissed the appellants' claim: [1992] 1 F.C. 687, 87 D.L.R. (4th) 320, 38 R.F.L. (3d) 294, 47 F.T.R. 305. On April 29, 1993, a majority of the Federal Court of Appeal dismissed the appeal: [1993] 3 F.C. 401, 103 D.L.R. (4th) 336, 15 C.R.R. (2d) 310, 153 N.R. 161. Linden J.A., dissenting, found that s. 2 of the Act did infringe s. 15(1) of the *Charter* and was not justified under s. 1.

Les appelants ont intenté une action en Cour fédérale en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que la définition de «conjoint» à l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* contrevient au par. 15(1) de la *Charte* pour le motif qu'elle établit une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Ils ont également demandé un jugement déclarant que la définition de «conjoint» doit être élargie pour inclure les [TRADUCTION] «partenaires engagés dans une union de personnes de même sexe mais ayant à tous autres égards les mêmes caractéristiques qu'une union conjugale». Le 2 décembre 1991, la Section de première instance a débouté les appelants: [1992] 1 C.F. 687, 87 D.L.R. (4th) 320, 38 R.F.L. (3d) 294, 47 F.T.R. 305. Le 29 avril 1993, la Cour d'appel fédérale à la majorité a rejeté l'appel: [1993] 3 C.F. 401, 103 D.L.R. (4th) 336, 15 C.R.R. (2d) 310, 153 N.R. 161. Le juge Linden, dissident, a conclu que l'art. 2 de la Loi viole effectivement le par. 15(1) de la *Charte* et n'est pas justifié au regard de l'article premier.

Relevant Statutory and Constitutional Provisions

Old Age Security Act, R.S.C. 1985, c. O-9

2. In this Act,

...

"spouse", in relation to any person, includes a person of the opposite sex who is living with that person, having lived with that person for at least one year, if

Dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9

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

«allocation» L'allocation payable au titre du conjoint

the two persons have publicly represented themselves as husband and wife;

...

“spouse’s allowance” means the spouse’s allowance authorized to be paid under Part III;

19. (1) Subject to this Act and the regulations, for each month in any fiscal year, a spouse’s allowance may be paid to the spouse of a pensioner if the spouse

(a) is not separated from the pensioner;

(b) has attained sixty years of age but has not attained sixty-five years of age; and

(c) has resided in Canada after attaining eighteen years of age and prior to the day on which the spouse’s application is approved for an aggregate period of at least ten years and, where that aggregate period is less than twenty years, was resident in Canada on the day preceding the day on which the spouse’s application is approved.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

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

Constitution Act, 1982

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

sous le régime de la partie III.

...

«conjoint» Est assimilée au conjoint la personne de sexe opposé qui vit avec une autre personne depuis au moins un an, pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme.

19. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi et de ses règlements, il peut être versé une allocation mensuelle au conjoint qui réunit les conditions suivantes:

a) il n’est pas séparé du pensionné;

b) il a au moins soixante ans mais n’a pas encore soixante-cinq ans;

c) il a, après l’âge de dix-huit ans, résidé en tout au Canada pendant au moins dix ans et, dans le cas où la période de résidence est inférieure à vingt ans, résidait au Canada le jour précédant celui de l’agrément de sa demande.

Charte canadienne des droits et libertés

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

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

Loi constitutionnelle de 1982

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Judgments Below

(a) *Federal Court, Trial Division*, [1992] 1 F.C. 687

117 The trial court judge determined that the spousal allowance had been directed “to alleviating the financial plight of elderly married couples, primarily women who were younger than their spouses and who generally did not enter the work force” (p. 693). He found as a fact (at p. 695) that:

... had Nesbit been a woman cohabiting with Egan substantially on the same terms as he in fact cohabited with Egan he would have been eligible for the spouse’s allowance.

118 The trial court judge decided that the definition of “spouse” created a distinction between heterosexual couples and homosexual couples. However, he was of the view that “that distinction is not made upon the basis of the sexual orientation of the [appellants] and thus does not discriminate against them on that basis”. Rather, he held that the distinction was between “spouses” and “non-spouses”. He concluded (at pp. 703-4) that:

The [appellants] do not fall within the meaning of the word “spouse” any more than heterosexual couples who live together and do not publicly represent themselves as man and wife such as a brother and sister, brother and brother, sister and sister, two relatives, two friends, or parent and child. The single sex couple fall into the same category as those, i.e. the non spousal couple category.

Therefore, the trial judge concluded that the *Old Age Security Act* did not infringe the appellants’ s. 15(1) rights on the basis of either their sex or their sexual orientation.

(b) *Federal Court of Appeal*, [1993] 3 F.C. 401

(i) Robertson and Mahoney JJA. for the majority

119 Robertson J.A. stated that the issue on appeal was whether the exclusion of homosexual couples from the definition of “spouse” contained in the *Old Age Security Act* was discriminatory within

Décisions des juridictions inférieures

a) *La Cour fédérale, Section de première instance*, [1992] 1 C.F. 687

Le juge de première instance a indiqué que l’allocation de conjoint visait à «pallier les difficultés financières des couples mariés âgés, en particulier des femmes qui étaient plus jeunes que leurs conjoints et qui généralement n’avaient pas un travail rémunérateur à l’extérieur» (p. 693). Il a tiré la conclusion de fait suivante (à la p. 695):

... Nesbit eût-il été une femme cohabitant avec Egan dans les mêmes conditions, il aurait eu droit à l’allocation de conjoint.

Il a conclu que la définition de «conjoint» créait une distinction entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels. Il s’est toutefois dit d’avis que «cette distinction n’est pas fondée sur les tendances sexuelles des [appelants] et ne constitue donc pas à leur égard une mesure discriminatoire fondée sur ce motif». À son avis, au contraire, la distinction tenait entre les «conjoints» et les «non-conjoints» (aux pp. 703 et 704):

Les [appelants] ne se qualifient pas plus pour la définition du mot «conjoint» que n’importe quel couple d’hétérosexuels qui vivent ensemble mais qui ne se présentent pas en public comme mari et femme, tels un frère et sa sœur, deux frères, deux parents, deux amis, ou le père ou la mère et son enfant. Le couple de même sexe tombe dans la même catégorie, c’est-à-dire celle des non-conjoints.

Le juge de première instance a donc conclu que la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* ne contrevenait pas aux droits des appelants garantis par le par. 15(1) du fait de leur sexe ou de leur orientation sexuelle.

b) *La Cour d’appel fédérale*, [1993] 3 C.F. 401

(i) Les juges Robertson et Mahoney pour la majorité

Le juge Robertson a indiqué que la question en appel était de savoir si l’exclusion des couples homosexuels de la définition de «conjoint» énoncée dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* était

the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. Mahoney J.A. stated (at p. 410) that it was an “unassailable conclusion of fact based on the evidence” that had Nesbit been a woman cohabiting with Egan, he would have been entitled to the spousal allowance. Robertson J.A. further stated (at p. 461) that:

... I take it to be settled law that sexual orientation can be invoked as an analogous ground of discrimination under subsection 15(1). The respondent conceded this point and, in my opinion, rightly so.

The majority reasons held, however, that the impugned legislation did not draw a distinction on the basis of sexual orientation. Rather, they found that “the criterion of entitlement is expressed in terms of spousal status” (p. 478, *per* Robertson J.A.). They observed that the definition of “spouse” excluded a broad class of non-spouses. In order to show that there was discrimination on the basis of sexual orientation, the appellants would have to show that homosexual couples were adversely affected by the law as compared to other “non-spousal” couples. They concluded that because homosexual couples were not affected more adversely than other “non-spousal” couples, there was no discrimination under s. 15(1) of the *Charter*.

(ii) The dissenting reasons

Linden J.A. was of the view that the court had to subject the definition of “spouse” in the *Old Age Security Act* to a thorough s. 15(1) *Charter* analysis. He also found that, since the parties were seeking a remedy under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, the analysis should focus on the group, namely homosexuals, rather than on the parties personally.

Linden J.A. concluded that the spousal allowance was a benefit of the law under s. 15(1) of the *Charter*. After reviewing the history of discrimination suffered by homosexuals, Linden J.A. concluded that sexual orientation should be recognized as an analogous ground.

discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Le juge Mahoney a souligné que la conclusion suivant laquelle, si Nesbit eût été une femme cohabitante avec Egan il aurait eu droit à l'allocation de conjoint, était une «conclusion inattaquable sur les faits, tirée à la lumière des preuves produites» (p. 410). Le juge Robertson a en outre conclu (à la p. 461):

... je pense qu'il est maintenant de droit constant que les tendances sexuelles peuvent être invoquées comme motif analogue de discrimination qu'interdit le paragraphe 15(1). L'intimée concède ce point, et à juste titre à mon avis.

Cependant, suivant les motifs de la majorité, la disposition législative attaquée n'établit aucune distinction fondée sur l'orientation sexuelle. On y conclut qu'au contraire, «l'admissibilité est subordonnée à la qualité de conjoint» (p. 478, le juge Robertson). En outre, ont-ils signalé, la définition de «conjoint» exclut un vaste éventail de non-conjoints. Pour établir une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, les appelants devaient donc prouver que, comparativement à d'autres couples de «non-conjoints», les couples homosexuels sont lésés par la disposition. Les juges ont finalement conclu que, puisque les couples homosexuels ne subissent pas davantage de préjudice que d'autres couples de «non-conjoints», il n'y a pas discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*.

(ii) Les motifs de dissidence

Le juge Linden s'est dit d'avis que la cour devait soumettre la définition de «conjoint» dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* à une analyse minutieuse à la lumière du par. 15(1) de la *Charte*. Il a également conclu que, puisque les parties demandaient une réparation sous le régime du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'analyse devait être axée sur le groupe, soit les homosexuels, plutôt que sur les parties à titre individuel.

Le juge Linden a déterminé que l'allocation de conjoint était un bénéfice de la loi au sens du par. 15(1). Après avoir passé en revue l'historique de la discrimination dont ont été victimes les homosexuels, il a conclu que l'orientation sexuelle devait être reconnue comme motif analogue.

120

121

122

- 123 Linden J.A. observed that the legislative distinction was explicitly drawn on the basis of whether partners in a relationship were of the same sex or of the opposite sex. Although “being in a same sex relationship is not necessarily the defining characteristic of being gay or lesbian”, he found that the distinction was based on a characteristic or matter related to sexual orientation, “since it is lesbians and gay men who may enter into same sex relationships” (p. 432). He found that the exclusion of homosexuals from the spousal allowance constituted discrimination on the basis of sexual orientation.
- 124 With respect to s. 1 of the *Charter*, Linden J.A. applied the test in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and found that the objective of the spousal allowance program was pressing and substantial and that the means employed under the program were rationally connected to achieving the objective. However, as a result of the definition of “spouse”, the program did not impair the right guaranteed in s. 15(1) as little as possible. Therefore, the violation could not be saved under s. 1.
- 125 By way of remedy, Linden J.A. would have read down the definition of spouse to exclude the words “of the opposite sex”. In addition, after the words “if the two persons publicly represented themselves as husband and wife” in s. 2, he would have read in the words “or as in an analogous relationship”. Further, he would have declared that homosexual couples could not be denied the spousal allowance so long as they met the usual eligibility requirements.
- Il a fait remarquer que la distinction législative tenait explicitement dans le fait que les partenaires qui vivent une union sont soit de même sexe, soit de sexe opposé. Si «l'appartenance à une union homosexuelle n'est pas nécessairement la caractéristique déterminante du gai ou de la lesbienne», la distinction, a-t-il conclu, est fondée sur une caractéristique ou sur un aspect de l'orientation sexuelle «puisque ce sont les lesbiennes et les gais qui peuvent nouer des relations homosexuelles» (p. 432). Il a conclu que l'exclusion des homosexuels du programme d'allocation au conjoint constituait une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.
- Quant à l'article premier de la *Charte*, le juge Linden a appliqué le critère établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et conclu que l'objectif du programme d'allocation au conjoint se rapportait à des préoccupations urgentes et réelles et que les moyens utilisés dans le cadre du programme avaient un lien rationnel avec la réalisation de l'objectif poursuivi. Cependant, du fait de la définition de «conjoint», le programme ne portait pas le moins possible atteinte au droit garanti par le par. 15(1). Aussi, la violation ne pouvait-elle être justifiée aux termes de l'article premier.
- Le juge Linden aurait opté pour une interprétation atténuée de la définition de «conjoint» en y supprimant les mots «de sexe opposé». Puis il aurait eu recours à l'interprétation large pour ajouter à l'art. 2 «ou comme étant dans une union analogue», après «pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme». Par ailleurs, il aurait interdit que l'on refuse aux couples homosexuels le bénéfice de l'allocation de conjoint s'ils réunissent les autres conditions d'admissibilité.

Issues

- 126 The constitutional questions which have been stated by this Court are:
1. Does the definition of “spouse” in s. 2 of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, infringe or deny s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Questions en litige

- La Cour a formulé les questions constitutionnelles suivantes:
1. La définition de «conjoint», à l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, porte-t-elle atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

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

Analysis

Preliminary Issue

One submission must be dealt with at the outset. The respondent contends that by this action the appellants are requesting the Court “to change fundamentally the essential meaning of the societal concept of marriage”. I cannot accept that submission. It appears to me to be inaccurate and misleading. This case cannot be taken as constituting a challenge to either the traditional common law or statutory concepts of marriage. Rather, the sole issue presented is whether the state can define a “common law spouse” in a manner which explicitly excludes homosexual couples. Eligibility for payment of the spousal allowance under the *Old Age Security Act* is not in any way contingent upon being married. Rather, the spousal allowance is specifically made available to common law couples. The only aspect of the Act which is being challenged is the definition of a common law spouse. Thus, any contention that this appeal will affect the societal concept of marriage can be set aside.

How Should Section 15(1) Be Applied?

Section 15(1) of the *Charter* is of fundamental importance to Canadian society. The praiseworthy object of the section is the prevention of discrimination and the promotion of a “society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. It has a large remedial component”: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171. It has been recognized that the purpose of s. 15(1) is “to advance the value that all persons be subject to the equal demands and burdens of the law and not suffer any greater disability in the substance and application of the law than others”: *R. v. Turpin*,

2. Dans l’affirmative, s’agit-il d’une atteinte dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique, conformément à l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Analyse

Question préliminaire

Il y a d’abord lieu d’examiner une première prétention. L’intimée soutient que, par leur recours, les appelants demandent à la Cour [TRADUCTION] «de modifier radicalement le sens fondamental de la notion de mariage dans la société». Je ne puis faire droit à cette prétention, qui me semble être inexacte et trompeuse. On ne peut dire de la présente affaire qu’elle est une attaque dirigée contre le concept du mariage dans la common law traditionnelle ou dans les lois. Au contraire, l’unique question est de savoir si l’État peut définir «conjoint de fait» d’une manière qui exclut explicitement les couples homosexuels. L’admissibilité à l’allocation de conjoint en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* n’est en rien subordonnée à la condition d’être marié. En fait, l’allocation de conjoint est expressément offerte aux conjoints de fait. Le seul aspect de la Loi qui fasse l’objet d’une attaque est la définition de conjoint de fait, si bien que peut être écartée toute prétention suivant laquelle le présent pourvoi transformera le concept de mariage dans la société.

Application du par. 15(1)

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* revêt une importance fondamentale pour la société canadienne. L’article a pour objet louable de prévenir la discrimination et de favoriser «l’existence d’une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Il comporte un aspect réparateur important»: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 171. Il est reconnu que le par. 15(1) vise à «promouvoir la valeur selon laquelle toutes les personnes sont sujettes aux mêmes exigences et aux mêmes obligations de la loi et nul ne doit subir un désavantage plus grand

127

128

[1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1329. It is this section of the *Charter*, more than any other, which recognizes and cherishes the innate human dignity of every individual. It is this section which recognizes that no legislation should treat individuals unfairly simply on the basis of personal characteristics which bear no relationship to their merit, capacity or need.

que les autres en raison du fond ou de l'application de la loi»: *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1329. C'est cette disposition de la *Charte*, plus que toute autre, qui reconnaît et défend la dignité humaine innée de chacun. C'est également elle qui reconnaît qu'aucune loi ne doit traiter les particuliers injustement en raison de simples caractéristiques personnelles non pertinentes qui n'ont aucun rapport avec leurs mérites, leurs capacités ou leurs besoins.

129 With this background in mind, it is appropriate to consider the principles which should guide a court in an interpretation of s. 15(1) and then to apply those principles to the situation presented in this case.

Dans ce contexte, il convient de considérer les principes qui doivent éclairer un tribunal dans l'interprétation du par. 15(1), puis de les appliquer à la situation présente.

130 In *Andrews, supra*, and *Turpin, supra*, a two-step analysis was formulated to determine whether a s. 15(1) right to equality had been violated. The first step is to determine whether, due to a distinction created by the questioned law, a claimant's right to equality before the law, equality under the law, equal protection of the law or equal benefit of the law has been denied. During this first step, the inquiry should focus upon whether the challenged law has drawn a distinction between the claimant and others, based on personal characteristics.

Dans les arrêts *Andrews* et *Turpin*, précités, on a formulé une analyse en deux étapes permettant d'établir si le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) avait été violé. La première consiste à déterminer si, en raison de la distinction créée par la disposition contestée, il y a eu violation du droit d'un plaignant à l'égalité devant la loi, à l'égalité dans la loi, à la même protection de la loi et au même bénéfice de la loi. À cette étape de l'analyse, il s'agit principalement de vérifier si la disposition contestée engendre, entre le plaignant et d'autres personnes, une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles.

131 Not every distinction created by legislation gives rise to discrimination. Therefore, the second step must be to determine whether the distinction created by the law results in discrimination. In order to make this determination, it is necessary to consider first, whether the equality right was denied on the basis of a personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or which is analogous to those enumerated, and second, whether that distinction has the effect on the claimant of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to benefits or advantages which are available to others.

Les distinctions créées par les lois n'emportent pas toutes discrimination. C'est pourquoi il faut, à la seconde étape, déterminer si la distinction ainsi créée donne lieu à une discrimination. À cette fin, il faut se demander, d'une part, si le droit à l'égalité a été enfreint sur le fondement d'une caractéristique personnelle qui est soit énumérée au par. 15(1), soit analogue à celles qui y sont énumérées et, d'autre part, si la distinction a pour effet d'imposer au plaignant des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres.

132 In *Andrews, supra*, it was recognized that any search for either equality or discrimination

Dans l'arrêt *Andrews*, précité, on a reconnu que, pour juger s'il y a égalité ou discrimination, il faut

requires comparisons to be made between groups of people. At page 164, McIntyre J. stated:

It [equality] is a comparative concept, the condition of which may only be attained or discerned by comparison with the condition of others in the social and political setting in which the question arises.

It is true that, in that same case, the so-called "similarly situated test" was rejected on the grounds that its reasoning was unduly formalistic and circular: it uncritically accepted the distinction drawn by the questioned statute and then proceeded to rely upon that same categorization in order to justify the distinction drawn. Nonetheless, any discussion of equality or discrimination requires an element of comparison. The fact that a comparison must be made does not mean that courts will be returning to the similarly situated test, as suggested by the respondent. Rather, making the comparison recognizes that discrimination cannot be identified in a vacuum. For example, in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 754, the following appears in the reasons of Iacobucci J.:

... it is important to realize that, in order to determine whether particular facts demonstrate equality or inequality, one must necessarily undertake a form of comparative analysis.

In *Andrews, supra*, the basic definition of discrimination was set out in these words (at pp. 174-75):

... discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

établir des comparaisons entre différents groupes de personnes. Voici ce que dit le juge McIntyre à la p. 164:

[L'égalité] est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée.

Il est vrai que, dans ce même arrêt, ce qu'on appelle le «critère de la situation analogue» a été écarté pour le motif que son raisonnement était indûment formaliste et circulaire: il admettait sans discernement la distinction établie par la loi en cause et se fondait ensuite sur cette même catégorisation pour justifier la distinction établie. Quoi qu'il en soit, toute analyse portant sur l'égalité ou la discrimination suppose un élément de comparaison. Cela ne signifie toutefois pas que les tribunaux reviendront au critère de la situation analogue, comme le prétend l'intimée. Au contraire, effectuer une analyse comparative, c'est reconnaître qu'une discrimination ne peut être établie dans l'abstrait. Par exemple, dans l'arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, à la p. 754, le juge Iacobucci s'est exprimé ainsi:

... il est important de comprendre que, pour déterminer si des faits donnés établissent l'égalité ou l'inégalité, on doit nécessairement procéder à une forme d'analyse comparative.

Dans *Andrews*, précité, la définition fondamentale de la discrimination a été énoncée ainsi, aux pp. 174 et 175:

... la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

133

134

135 In *Turpin, supra*, it was noted that whether or not discrimination exists must be assessed in a larger social, political and legal context. At pages 1331-32, Wilson J. wrote:

In determining whether there is discrimination on grounds relating to the personal characteristics of the individual or group, it is important to look not only at the impugned legislation which has created a distinction that violates the right to equality but also to the larger social, political and legal context. . . . A finding that there is discrimination will, I think, in most but perhaps not all cases, necessarily entail a search for disadvantage that exists apart from and independent of the particular legal distinction being challenged.

136 Finally, in *Turpin* it was emphasized that the resolution of the question as to whether there is discrimination under s. 15(1) must be kept distinct from the determination as to whether or not there is justification for that discrimination under s. 1 of the *Charter*. At page 1325, Wilson J. stated:

In defining the scope of the four basic equality rights it is important to ensure that each right be given its full independent content divorced from any justificatory factors applicable under s. 1 of the *Charter*.

This analytical separation between s. 15(1) and s. 1 is important since the *Charter* claimant must satisfy the onus of showing only that there exists in the legislation a distinction which is discriminatory. Only after the court finds a breach of s. 15(1) does the government bear the onus of justifying that discrimination.

Adverse Effect Discrimination or Direct Discrimination

137 The respondent contends that the majority of the Court of Appeal was correct when it found that this was a case of adverse effect discrimination. I cannot agree with that argument.

138 Direct discrimination involves a law, rule or practice which on its face discriminates on a prohibited ground. Adverse effect discrimination occurs when a law, rule or practice is facially neu-

Dans l'arrêt *Turpin*, précité, on a signalé que l'existence de la discrimination doit être appréciée à la lumière de l'ensemble des contextes social, politique et juridique. Le juge Wilson a écrit aux pp. 1331 et 1332:

Pour déterminer s'il y a discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, il importe d'examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une distinction contraire au droit à l'égalité, mais aussi d'examiner l'ensemble des contextes social, politique et juridique. [. . .] À mon avis, la constatation d'une discrimination nécessitera le plus souvent, mais peut-être pas toujours, de rechercher le désavantage qui existe indépendamment de la distinction juridique précise contestée.

Enfin, dans l'arrêt *Turpin*, on a souligné la nécessité de distinguer entre la question de savoir s'il y a discrimination au sens du par. 15(1) et celle de savoir si cette discrimination est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Comme l'a dit le juge Wilson à la p. 1325:

Pour déterminer l'étendue des quatre principaux droits à l'égalité, il importe de s'assurer que chacun de ces droits se voie attribuer son plein sens indépendamment de tout facteur justificatif applicable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Cette distinction analytique entre le par. 15(1) et l'article premier est importante puisque le plaignant qui invoque la *Charte* a pour seul fardeau de prouver que la loi établit une distinction discriminatoire. Ce n'est que si la cour conclut qu'il y a violation du par. 15(1) que le gouvernement doit justifier cette discrimination.

Discrimination par suite d'un effet préjudiciable ou discrimination directe

L'intimée fait valoir que la Cour d'appel à la majorité a conclu à juste titre qu'il s'agit en l'espèce d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Je ne suis pas d'accord.

La discrimination directe met en cause une loi, une règle ou une pratique qui, à première vue, établit une discrimination fondée sur un motif illicite. La discrimination par suite d'un effet préjudiciable

tral but has a disproportionate impact on a group because of a particular characteristic of that group. The distinction between direct discrimination and adverse effect discrimination was set out in *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 551, in these words:

A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in this connection where an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, "No Catholics or no women or no blacks employed here." . . . It [adverse effect discrimination] arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force.

Although that case dealt with the *Ontario Human Rights Code*, the same definition has been adopted in s. 15(1) cases: see *Andrews, supra*, at p. 165.

The law challenged in this case is, quite simply, not facially neutral. Section 2 of the Act defines "spouse" as being "a person of the opposite sex". It thereby draws a clear distinction between opposite-sex couples and same-sex couples. Thus, this case presents a situation of direct discrimination.

The Application of Section 15(1) to the Situation Presented in this Case

1. Denial of Equal Benefit of the Law

The appellants submit that they have been denied the right to equal benefit of the law. The issue at this threshold stage of the s. 15(1) inquiry,

existe lorsque la loi, la règle ou la pratique, apparemment neutre, produit toutefois un résultat disproportionné à l'endroit d'un groupe en raison d'une caractéristique qui lui est propre. La distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable a été exposée dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 551, dans les termes suivants:

On doit faire la distinction entre ce que je qualifierais de discrimination directe et ce qu'on a déjà désigné comme le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable en matière d'emploi. À cet égard, il y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, «Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir». [. . .] Ce genre de discrimination [par suite d'un effet préjudiciable] se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés.

Bien que cette affaire ait porté sur le *Code ontarien des droits de la personne*, la même définition a été adoptée dans les affaires mettant en cause le par. 15(1): voir *Andrews*, précité, à la p. 165.

La disposition contestée en l'espèce n'est tout simplement pas neutre à première vue. L'article 2 de la Loi définit «conjoint» comme étant une «personne de sexe opposé». Elle établit de ce fait une nette distinction entre les couples de sexe opposé et les couples de même sexe. Il s'agit donc en l'espèce d'une discrimination directe.

L'application du par. 15(1) à la présente situation

1. Négation du même bénéfice de la loi

Les appelants soutiennent qu'on leur a refusé le même bénéfice de la loi. La question, à cette étape préliminaire de l'analyse fondée sur le par. 15(1),

139

140

then, is whether the definition of "spouse" draws a distinction which confers a benefit on some while denying that same benefit to others. It is important to remember that this stage of the inquiry is not concerned with whether or not that basis of distinction was either an enumerated or analogous ground or whether there has been discrimination. Nor is the inquiry at this stage concerned with any possible justification for the distinction.

(a) *Whom Does the Act Seek to Benefit?*

141 Looking at the plain wording of the Act, as opposed to any proposed objective of the legislation, it is clear that, in circumstances where the combined income of the pensioner and the opposite-sex spouse falls below a certain level, the Act confers a spousal benefit upon the opposite-sex spouse who is between the ages of 60 and 64. It is not necessary that the spouses be married. The only two requirements for eligibility are that the spouses have lived together for one year and that their combined income falls below the fixed level.

142 The respondent seems to contend that the Act was not one of general application. It is argued that the appellants were not denied equal benefit of the law because the legislation was only intended to confer a benefit upon either heterosexual couples who have raised children or upon dependent female spouses. These submissions cannot be accepted.

143 The Act makes no reference to children. Further, the minimal requirements pertaining to common law couples make it apparent that it would apply to heterosexual couples who have never had children or those who have had children in relationships other than their present one. It is clear, then, that the Act is not concerned with benefiting those who have raised and nurtured children.

144 Similarly, it cannot be said that the Act was designed to benefit only women. A concern about dependent female spouses may have motivated the creation of the spousal allowance. However, from its inception, the spousal allowance has been available equally to male and female spouses. Moreover, the contention that the allowance is for women

est donc de savoir si la définition de «conjoint» établit une distinction qui confère un bénéfice à certains tout en le niant à d'autres. Il importe de ne pas perdre de vue que cette étape-ci de l'analyse ne vise pas à déterminer si la distinction est fondée sur un motif énuméré ou analogue ou s'il y a eu discrimination, ni ne se rapporte-t-elle à une justification possible de la distinction.

a) *À qui la Loi devrait-elle profiter?*

Si l'on examine le libellé même de la Loi, par opposition à tout objectif proposé, il est évident que, lorsque le pensionné et son conjoint de sexe opposé ont un revenu total inférieur à un montant déterminé, la Loi confère un avantage au conjoint de sexe opposé âgé entre 60 et 64 ans. Il n'est pas nécessaire que les conjoints soient mariés. Pour être admissibles, ils doivent avoir vécu ensemble depuis au moins un an et leur revenu total doit être inférieur à la somme prescrite.

L'intimée semble prétendre que la Loi n'est pas d'application générale. Elle fait valoir que les appelants n'ont pas été privés du même bénéfice de la loi puisque celle-ci ne vise qu'à profiter aux couples hétérosexuels qui ont élevé des enfants ou aux femmes qui sont à la charge de leur conjoint. Ces prétentions ne sauraient être admises.

La Loi ne mentionne pas les enfants. En outre, les exigences minimales relatives aux conjoints de fait montrent qu'elle s'appliquerait aux couples hétérosexuels qui n'ont jamais eu d'enfants ou à ceux dont les enfants sont nés d'unions antérieures. Il est donc évident que la Loi ne cherche pas à profiter à ceux qui ont élevé et éduqué des enfants.

De même, on ne saurait dire que la Loi a été conçue pour ne bénéficier qu'aux femmes. Il se peut que le désir de venir en aide aux femmes à charge ait motivé la création de l'allocation de conjoint. Toutefois, depuis son avènement, l'allocation de conjoint est offerte également aux conjoints et aux conjointes. En outre, la prétention

only does not accord with current demographics. In today's society, the situation in which both spouses are working can no longer be looked upon as rare. Rather, a study by the Vanier Institute of the Family reveals that this tends to be the rule and not the exception: *Profiling Canada's Families* (1994).

The Institute records that in 1975, 42 percent of married women and 59 percent of single women worked in the paid labour force. In 1992, 61 percent of married women and 65 percent of single women worked in the paid labour force. Today, most women work in the paid labour force before, during and after marriage: *Profiling Canada's Families*, at p. 67.

In 1970, in 30 percent of married couples with children under the age of 19, both spouses worked in the paid labour force. In 1990, in 70 percent of such married couples both spouses worked in the paid labour force. In 1990, both parents were full-time employees in 51 percent of such families. Overall, only 15 percent of families followed the "conventional" heterosexual pattern of financial interdependence with a full-time male breadwinner and an unpaid female spouse working in the home: *Profiling Canada's Families*, at pp. 71 and 74.

In bar admission courses and chartered accounting courses, women have made up almost half the graduates in recent years. The figures for medical graduates are not far different. All this indicates that the earnings of women in those professions, as in all fields, may soon equal those of men. Professional women may not be members of the segment of society that would ordinarily benefit from the Act. Yet, the advance of women in these areas serves to indicate that it can no longer be automatically assumed that the male spouse will always earn more than the female or that the female spouse will always be in greater need of a spousal allowance than the male. This very situation seems to have been foreseen by the legislation which does not distinguish between the entitlement of

portant que l'allocation est destinée aux femmes seulement fait fi des statistiques démographiques actuelles. Dans la société moderne, les cas où les deux conjoints travaillent ne sont plus considérés comme exceptionnels. Au contraire, ainsi que le révèle une étude menée par l'Institut Vanier de la famille, c'est maintenant la règle, et non l'exception: *Profil des familles canadiennes* (1994).

L'Institut rapporte qu'en 1975, 42 p. 100 des femmes mariées et 59 p. 100 des femmes célibataires faisaient partie de la main-d'œuvre. En 1992, 61 p. 100 des femmes mariées et 65 p. 100 des femmes célibataires étaient sur le marché du travail. Aujourd'hui, la plupart des femmes travaillent avant, pendant et après leur mariage: *Profil des familles canadiennes*, à la p. 67.

En 1970, 30 p. 100 des couples mariés ayant des enfants de moins de 19 ans comptaient sur deux salaires alors qu'en 1990, les deux conjoints travaillaient dans 70 p. 100 des cas. En 1990, les deux parents travaillaient à temps plein dans 51 p. 100 de ces familles. Dans l'ensemble, seulement 15 p. 100 des familles adhéraient au modèle hétérosexuel «conventionnel» de l'interdépendance financière, au sein duquel l'homme occupe un emploi rémunérateur à temps plein et la femme travaille sans rémunération à la maison: *Profil des familles canadiennes*, aux pp. 71 et 74.

Ces dernières années, les femmes ont compté pour près de la moitié des diplômés aux cours d'admission au Barreau et aux cours menant au titre de comptable agréé. Les données sont à peu près identiques pour les diplômés de médecine. Ces chiffres laissent voir que le revenu des femmes dans ces professions, comme dans tous les domaines, seront bientôt peut-être égaux à ceux des hommes. Les femmes professionnelles ne font probablement pas partie de la couche de la société qui bénéficierait normalement de la Loi. Toutefois, les progrès effectués par les femmes dans ces domaines permettent de constater qu'on ne peut plus d'emblée tenir pour acquis que les conjoints mâles tireront toujours un revenu supérieur à celui des femmes ou que les femmes auront toujours davantage besoin de l'allocation de conjoint que

145

146

147

male and female spouses. Rather, either spouse may receive the spousal allowance.

148 Thus, it can be seen that the Act is designed to benefit either the male or female member of a heterosexual common law couple who have lived together for a period of one year and have a net income which is below the fixed level. Payment of the spousal allowance has nothing to do with the recognition of the contribution made by the couple in raising children nor has it anything to do with the gender of the spouse.

149 Does the Act, by its provisions, make a distinction between different groups of people? The answer to that question must be derived from and based upon a review of the challenged legislation. In this case, the challenged Act specifically defines a common law spouse as a "person of the opposite sex" and requires the couple to publicly represent themselves as husband and wife. Linden J.A. observed in his reasons that the very expression "husband and wife" is based upon notions of gender and that the words may not be separable from their heterosexual origins. It is clear, then, that as a result of this definition of "spouse", homosexual common law couples are denied the benefit of the spousal allowance which is available to heterosexual common law couples. It must now be considered whether this distinction amounts to a denial of equal benefit of the law.

(b) *Does the Distinction Constitute a Denial of Equal Benefit of the Law?*

150 In order to reach a decision in this case, it is not necessary to define precisely what constitutes equal benefit of the law. In *Turpin, supra*, the caution was expressed (at p. 1326) that:

... it would be unwise, if not foolhardy, to attempt to provide exhaustive definitions of phrases which by their nature are not susceptible of easy definition and which are intended to provide a framework for the "unremitting protection" of equality rights in the years to come.

les hommes. Cette situation semble avoir été prévue par la loi, qui n'établit aucune distinction entre l'admissibilité des hommes et celle des femmes. L'un ou l'autre conjoint a le droit de recevoir l'allocation de conjoint.

On peut donc constater que la Loi est conçue pour bénéficier au conjoint ou à la conjointe de fait hétérosexuel qui a vécu avec son conjoint pendant au moins un an et qui, avec son conjoint, a un revenu net inférieur au montant prescrit. Le paiement de l'allocation de conjoint n'a rien à voir avec la reconnaissance de la contribution apportée par le couple à l'éducation des enfants ni avec le sexe du conjoint.

La Loi, par ses dispositions, crée-t-elle une distinction entre différents groupes de personnes? Une analyse de la disposition contestée permettra de répondre à cette question. En l'espèce, la Loi définit expressément le conjoint de fait comme une «personne de sexe opposé» et exige que les deux conjoints se soient publiquement présentés comme mari et femme. Le juge Linden a fait remarquer dans ses motifs que l'expression «mari et femme» est fondée sur des notions de sexe et que les mots ne peuvent être dissociés de leurs origines hétérosexuelles. Il est donc évident qu'en raison de cette définition de «conjoint», les couples homosexuels qui vivent en union de fait sont privés du bénéfice de l'allocation de conjoint à laquelle sont admissibles les couples hétérosexuels qui vivent en union de fait. Il s'agit maintenant de déterminer si cette distinction équivaut à une négation du droit au même bénéfice de la loi.

b) *Y a-t-il négation du droit au même bénéfice de la loi?*

Pour résoudre la question, il n'est pas nécessaire de définir exactement ce en quoi consiste le même bénéfice de la loi. Dans l'arrêt *Turpin*, précité, on a fait la mise en garde suivante, à la p. 1326:

... nous serions mal avisés et peut-être même téméraires d'essayer de définir de manière exhaustive des expressions qui, de par leur nature même, se prêtent difficilement à une définition et qui visent à fournir un cadre à la «protection constante» des droits à l'égalité pour les années à venir.

Yet, it seems clear that the denial of the spousal allowance to homosexual couples constitutes a clear denial of equal benefit of the law. The spousal allowance confers an economic benefit which, as a result of the statute's definition of spouse, is denied to homosexual common law couples. Thus, they have been denied equal benefit of the law.

The respondent argues that the appellants were not denied a benefit and put forward two grounds in support of that position. First, it is alleged that Nesbit had access to a government subsidy provided by a provincial statute, the *Guaranteed Available Income for Need Act*, R.S.B.C. 1979, c. 158, as amended ("GAIN"). Second, it was contended that Egan and Nesbit could receive more government income support payments by claiming separately as individuals under the *Old Age Security Act* and GAIN than they could receive as a couple receiving a pension and a spousal allowance under the *Old Age Security Act*. There are three reasons for rejecting these submissions of the respondent.

First, the relief sought in this action is a finding pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* that a portion of the Act is unconstitutional. Section 52(1) operates to invalidate all or a part of any Act when it is found to be inconsistent with the Constitution. The appellants are not alleging that the discrimination is unique or particular to their personal situation but, rather, that the Act discriminates against all homosexual common law couples who are living in a state which is comparable to heterosexual common law couples. It follows that the appellants must demonstrate that homosexual couples in general are denied equal benefit of the law, not that they themselves are suffering a particular or unique denial of a benefit. The precise mathematical calculation of benefits which could be paid to couples either as individuals or as a couple is of little assistance as it will inevitably vary from case to case depending upon the particular economic circumstances of each couple and each member of that couple. Rather, a reading of the legislation reveals that it denies the spousal

151
Cependant, il semble évident que le refus de l'allocation de conjoint aux couples homosexuels constitue une négation claire de leur droit au même bénéfice de la loi. L'allocation de conjoint confère un avantage économique qui, en raison de la définition de conjoint donnée dans la loi, est refusé aux couples homosexuels qui vivent en union de fait. On leur a donc nié le même bénéfice de la loi.

152
À l'appui de sa position que les appelants n'ont pas été privés du même bénéfice de la loi, l'intimée invoque deux moyens. D'une part, Nesbit avait accès à une subvention de l'État prévue par une loi provinciale, la *Guaranteed Available Income for Need Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 158, modifiée («GAIN»). D'autre part, s'ils en faisaient la demande séparément et à titre individuel sous le régime de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* et de la GAIN, Egan et Nesbit pourraient recevoir des gouvernements des paiements de soutien au revenu supérieurs aux sommes auxquelles ils auraient droit en tant que couple recevant une pension et une allocation de conjoint en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. Je rejette ces prétentions de l'intimée pour trois raisons.

153
Premièrement, les appelants demandent en l'espèce une déclaration, fondée sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, suivant laquelle une partie de la Loi est inconstitutionnelle. Le paragraphe 52(1) a pour effet de rendre inopérante la totalité ou une partie de toute loi jugée incompatible avec la Constitution. Les appelants n'allèguent pas que la discrimination est unique ou propre à leur situation personnelle, mais que la Loi établit une discrimination à l'égard de tous les couples homosexuels qui vivent en union de fait d'une manière semblable aux couples hétérosexuels. D'où l'obligation pour les appelants de démontrer que les couples homosexuels, en général, sont privés du même bénéfice de la loi, et non qu'ils sont eux-mêmes privés d'un bénéfice à titre particulier. Le calcul mathématique précis des avantages qui pourraient être accordés aux couples en tant qu'individus ou en tant que couple n'est guère utile puisqu'il est appelé à varier d'un cas à l'autre selon la situation économique particulière de chaque couple et de chaque membre de ce couple.

allowance to all homosexual common law couples and thus, it is established that the Act has denied equal benefit of the law.

Une lecture de la loi révèle plutôt qu'elle refuse l'allocation de conjoint à tous les conjoints de fait homosexuels. Il est donc établi que la Loi porte atteinte à leur droit au même bénéfice de la loi.

154 Second, in seeking the answer as to whether or not there has been a denial of equal benefit of the law, it is of course appropriate to have regard to the entire statute which has been called into question. Obviously a benefit which is denied in one portion of an Act may be replaced by compensation provided for in another portion of the same Act. It may, as well, be appropriate and indeed necessary to look at other legislation from the same jurisdiction to determine the issue. Clearly a benefit denied in one federal statute may be replaced by compensation or a benefit provided in another federal statute.

Deuxièmement, pour tenter de déterminer s'il y a eu négation du même bénéfice de la loi, il va sans dire qu'il y a lieu de considérer dans son ensemble la loi mise en cause. Bien entendu, il peut être suppléé à un avantage refusé dans une partie de la Loi par une compensation prévue dans une autre partie de la même loi. Il peut aussi être approprié, voire nécessaire, de prendre en compte d'autres lois du même palier de gouvernement pour trancher la question. Il est évident qu'un avantage nié dans une loi fédérale peut être compensé par un avantage accordé par une autre loi fédérale.

155 However, it is inappropriate to look to provincial legislation to correct or rectify the denial of a benefit set out in a federal Act. Provincial legislatures have exclusive control over matters within their jurisdiction. It follows that the benefits which are enacted by those legislatures may well vary from province to province. Thus, it would only be appropriate to have regard to provincial legislation if the federal Act in question explicitly stated that the provincial law was incorporated into its provisions or that the benefits conferred under the federal and provincial statutes were to be coordinated.

Par contre, il ne convient pas d'examiner les lois provinciales pour corriger ou pallier l'avantage refusé dans une loi fédérale. Les législatures provinciales ont le contrôle exclusif des affaires qui relèvent de leur compétence. D'où la forte possibilité que les avantages accordés par ces législatures varient d'une province à l'autre. Il ne serait donc approprié de considérer la loi provinciale que si la loi fédérale concernée précisait clairement que la loi provinciale fait partie intégrante de ses dispositions ou que les avantages conférés dans les lois fédérale et provinciale doivent être coordonnés.

156 Most importantly, the question as to how federal and provincial statutes interact should not be considered in a s. 15(1) analysis. It is a question which goes to the possible justification for an act which can only be addressed under s. 1 of the *Charter*: see *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; at p. 42; and *Symes v. Canada, supra*, at pp. 773-74. Postponing this inquiry to s. 1 is appropriate because, if a claimant has established that the challenged legislation has denied an equal benefit of the law, then the government would, under s. 1 of the *Charter*, bear the onus of demonstrating that the denial was offset and justified by benefits provided under other provincial legislation.

Qui plus est, on ne devrait pas s'intéresser à la question de l'interaction des lois fédérales et provinciales dans le cadre d'une analyse fondée sur le par. 15(1). Cette question concerne la justification possible d'une loi, et ne peut être examinée que sous l'angle de l'article premier de la *Charte*: voir *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, à la p. 42; et *Symes c. Canada*, précité, aux pp. 773 et 774. Il est donc judicieux de retarder cet examen jusqu'à l'analyse fondée sur l'article premier puisque, si un plaignant établit que la loi contestée a porté atteinte à son droit au même bénéfice de la loi, alors le gouvernement doit, en application de l'article premier de la *Charte*, démontrer que cette atteinte a été compensée et justifiée par des avantages conférés par une autre loi provinciale.

In any event, it would appear that the figures upon which the respondent bases its contention that the appellants are better off when treated individually are highly speculative and may well be incorrect. Certainly, if the calculations were made now on the basis of the present provincial policy, which considers the combined income of homosexual spouses when assessing the quantum of benefits due, the appellants would receive less than they would if they had received a spousal allowance.

Third, the concept of equal benefit of the law should not be restricted to a simple calculation of economic profit or loss. The equality right set out in s. 15(1) is not phrased as guaranteeing an equal right to a benefit but, rather, it is expressed as guaranteeing equal benefit of the law. The manner of expression is significant and furthers the aim of this section to foster respect for the innate dignity of every individual.

A law may well confer a benefit by providing individuals with the opportunity to make a significant choice. In *Turpin, supra*, this very issue was considered. The *Criminal Code* provided that in certain situations an accused could choose to be tried by a judge and jury or before a judge alone. The sections of the *Code* providing this choice had not been proclaimed in Alberta and this failure was alleged to infringe s. 15 by denying an equal benefit of the law. In her reasons, Wilson J. observed that the word "benefit" should be interpreted so as to recognize that the benefit provided by the section was the opportunity to the accused to choose the form of trial. It was pointed out that to force the accused to be tried by a judge and jury because the court had determined that it was better for an accused to do so would be "to imprison a man in his privileges and call it the Constitution" (p. 1313).

That same analysis should be undertaken and applied in this case. To force homosexual common law couples to claim federal and provincial support as individuals because they would get more money

157
Quoi qu'il en soit, il semble que les chiffres sur lesquels l'intimée fonde sa prétention qu'il vaut mieux pour les appelants être traités individuellement reposent sur de pures conjectures et risquent fort d'être inexacts. Si les calculs étaient effectués aujourd'hui conformément à la politique provinciale actuelle, qui prend en compte le revenu total des conjoints homosexuels pour déterminer le montant des bénéfices à accorder, les appelants recevraient certainement moins d'argent que s'ils avaient reçu une allocation de conjoint.

158
Troisièmement, on ne devrait pas réduire le concept du même bénéfice de la loi à un simple calcul de profit ou de perte économique. Le droit à l'égalité énoncé au par. 15(1) n'est pas formulé de manière qu'il garantisse un même droit à un bénéfice, mais plutôt de manière qu'il garantisse un même bénéfice de la loi. Cette formulation est révélatrice et favorise l'objectif de cette disposition, qui consiste à maintenir le respect de la dignité innée de chacun.

159
Il se peut fort bien que l'avantage conféré par une loi tienne dans la possibilité pour les personnes d'exercer un choix fondamental. Dans l'arrêt *Turpin*, précité, cette question même a été examinée. Le *Code criminel* prévoyait que, dans certains cas, l'accusé pouvait choisir d'être jugé par un juge et un jury ou par un juge seul. Les articles du *Code* permettant ce choix n'avaient pas été promulgués en Alberta, et on alléguait que cette omission contrevenait à l'art. 15 parce qu'elle portait atteinte au droit au même bénéfice de la loi. Dans ses motifs, le juge Wilson a signalé que le mot «bénéfice» devait être interprété de façon à ce qu'il soit reconnu que l'avantage conféré par la loi est la possibilité pour l'accusé de choisir la forme de son procès. On a souligné que contraindre l'accusé à subir un procès avec juge et jury parce que la cour a déterminé qu'il était préférable pour l'accusé de le faire reviendrait [TRADUCTION] «à enchaîner un homme à ses privilèges et (à) qualifier cela de Constitution» (p. 1313).

160
Il y aurait lieu d'appliquer la même analyse en l'espèce. Contraindre des conjoints de fait homosexuels à demander l'aide des gouvernements fédéral et provincial à titre individuel pour le motif

would be to imprison them in their privileges. Heterosexual couples might also be better off financially if they claimed government subsidies as individuals rather than as a couple. Yet, cohabiting heterosexual persons have the right to make a choice as to whether they wish to be publicly recognized as a common law couple. Homosexual couples, on the other hand, are denied the opportunity because of the definition of "spouse" set out in the challenged Act. The public recognition and acceptance of homosexuals as a couple may be of tremendous importance to them and to the society in which they live. To deny homosexual couples the right to make that choice deprives them of the equal benefit of the law.

qu'ils pourraient ainsi obtenir un montant supérieur reviendrait à les enchaîner à leurs privilèges. Les couples hétérosexuels pourraient peut-être eux aussi retirer de meilleurs avantages financiers s'ils demandaient l'aide du gouvernement à titre individuel plutôt que comme couple. Or, les hétérosexuels qui cohabitent ont le droit de décider s'ils souhaitent être publiquement reconnus comme conjoints de fait. Les couples homosexuels, quant à eux, n'ont pas ce choix en raison de la définition de «conjoint» énoncée dans la loi contestée. La reconnaissance et l'acceptation publiques des homosexuels en tant que couple peut se révéler d'une extrême importance pour eux et pour la société dans laquelle ils vivent. C'est porter atteinte à leur droit au même bénéfice de la loi que de nier aux couples homosexuels le droit de choisir.

161 The law confers a significant benefit by providing state recognition of the legitimacy of a particular status. The denial of that recognition may have a serious detrimental effect upon the sense of self-worth and dignity of members of a group because it stigmatizes them even though no economic loss is occasioned. This principle has been recognized in the cases of the U.S. Supreme Court dealing with the segregation of races. See, for example, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). In equality cases, "the main consideration must be the impact of the law on the individual or the group concerned": see *Andrews, supra*, at p. 165. The choice of a spouse is a matter of great importance to the individuals involved. A very real benefit which is derived from the payment of the spousal allowance is the recognition by the state of the societal benefits which flow from supporting a couple who, for at least a year, have established a stable relationship which involves cohabitation, commitment, intimacy and economic interdependence. This benefit of the law is very significant. Its importance can be seen by considering what the result might be if, for example, the benefit were to be denied to couples because the individuals were of different races or different religions. The public outcry would, I think, be immediate and well merited. Such legislation would clearly infringe s. 15(1) because its provisions

La loi confère un avantage considérable en attribuant la reconnaissance de l'État à la légitimité d'un statut particulier. Le refus d'une telle reconnaissance risque d'avoir un effet gravement préjudiciable sur le sentiment de valeur personnelle et de dignité des membres d'un groupe car, même s'ils ne subissent aucune perte financière, ils s'en trouvent stigmatisés. Ce principe a été reconnu dans les affaires soumises à la Cour suprême des États-Unis où il était question de la ségrégation des races. Voir par exemple *Brown c. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Dans les affaires concernant le droit à l'égalité, «la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné»: voir *Andrews*, précité, à la p. 165. Le choix d'un conjoint revêt une grande importance aux yeux des personnes concernées. Le paiement de l'allocation de conjoint constitue un avantage très réel puisqu'il s'agit de la reconnaissance par l'État des avantages, sur le plan de la société, qui découlent de l'appui apporté au couple qui, depuis au moins un an, a établi une relation stable caractérisée par la cohabitation, l'engagement, l'intimité et l'interdépendance financière. Ce bénéfice de la loi est fort important. On peut le constater en songeant à ce qui adviendrait si, par exemple, le bénéfice était refusé à certains couples parce que les personnes qui le forment sont de races ou de religions différentes.

would indicate that the excluded groups were inferior and less deserving of benefits. Similarly, an Act which denies equal benefits to homosexual couples who live in a loving and stable common law relationship as a result of their sexual orientation would appear to equally infringe s. 15(1) of the *Charter*.

In our democratic society, every individual is recognized as important and deserving of respect. Each individual is unique and distinct. Because of the uniqueness of individuals, their tastes will vary infinitely from matters as prosaic as food and clothing to matters as fundamental as religious belief. Religious belief and the form of worship are personal characteristics. These characteristics may seem extremely peculiar and vastly perplexing to the majority. Yet, so long as the form of worship is not unlawful, it must be not only tolerated but also protected by the *Charter*. Similarly, individuals, because of their uniqueness, are bound to vary in those personal characteristics which may be manifested by their sexual preferences whether heterosexual or homosexual. So long as those preferences do not infringe any laws, they should be tolerated. In its attempt to prohibit discrimination, the *Charter* seeks to reinforce the concept that all human beings, however different they may appear to be to the majority, are all equally deserving of concern, respect and consideration.

It follows that, in my view, s. 2 of the *Old Age Security Act* denies equal benefit of the law to homosexual couples. It does so by denying them an economic benefit and by denying them the right to make a choice in a matter which affects them deeply and personally in a manner that denies their inherent dignity. With the denial of the benefit established, it is now necessary to determine whether that denial is discriminatory.

Je crois que l'indignation publique se ferait sentir immédiatement, et à bon droit. Une telle loi porterait clairement atteinte au par. 15(1) parce que ses dispositions feraient croire que les groupes exclus sont inférieurs et ne sont pas aussi dignes que les autres de bénéficier des avantages. Au même titre, la loi qui refuse des avantages égaux du fait de leur orientation sexuelle aux conjoints de fait homosexuels qui vivent une union affectueuse et stable paraîtrait porter atteinte au par. 15(1) de la *Charte*.

Dans notre société démocratique, on reconnaît l'importance de chacun et son droit d'être respecté. Chaque individu est unique et distinct. Du fait de cette unicité, les individus expriment une gamme infinie de préférences dans des domaines aussi prosaïques que la nourriture et les vêtements et des domaines aussi fondamentaux que la religion. Les croyances religieuses et la forme du culte sont des caractéristiques personnelles. Ces caractéristiques peuvent sembler extrêmement étranges et très difficiles à comprendre pour la majorité. Pourtant, dans la mesure où la forme du culte n'est pas illégale, elle doit non seulement être tolérée, mais également protégée par la *Charte*. En outre, du fait de leur unicité, les individus sont appelés à avoir des caractéristiques personnelles différentes, lesquelles peuvent se manifester par leurs préférences sexuelles, qu'elles soient hétérosexuelles ou homosexuelles. Tant que ces préférences ne portent atteinte à aucune loi, elles doivent être tolérées. Dans sa tentative d'éliminer toute discrimination, la *Charte* cherche à renforcer le concept suivant lequel tous les êtres humains, aussi différents puissent-ils paraître aux yeux de la majorité, méritent tous le même intérêt, le même respect et la même considération.

Il s'ensuit, à mon avis, que l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* nie aux couples homosexuels le même bénéfice de la loi. En effet, il leur refuse un avantage économique et enfreint leur droit d'effectuer un choix dans un domaine qui les touche profondément et personnellement, d'une manière qui offense leur dignité inhérente. Ce déni étant établi, il faut maintenant voir s'il est discriminatoire.

2. Does the Distinction Result in Discrimination?

(a) *Distinction on the Basis of a Personal Characteristic*

164 In *Andrews, supra*, at p. 174, McIntyre J. observed that one of the prime characteristics of discrimination is that it involves a “distinction . . . based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group”. The first question to be resolved, then, is whether the distinction set out in s. 2 of the *Old Age Security Act* is one “based on” personal characteristics. It is my view that the distinction in the Act is indeed based on a personal characteristic, specifically, sexual orientation.

165 The respondent argues that the distinction was not drawn in reliance upon a personal characteristic but rather on the basis of “spousal” as opposed to “non-spousal” status. The respondent submits that homosexual common law couples are non-spousal couples just as are siblings, parent-child relationships, roommates or any other non-spousal household excluded from the Act. This position was adopted by the Trial Division and the majority of the Court of Appeal. With respect, I cannot accept that position. To say that the distinction is between “spouses” and “non-spouses” is to avoid the very issue which is presented by the legislation in this case, namely the definition of a “spouse”.

166 Section 2 of the Act provides that an allowance is available to “spouses”. It is worth repeating that the appellants are not challenging the Parliamentary decision to confer benefits on spousal as opposed to non-spousal households. What is in dispute is whether, having decided to confer a benefit on common law spouses, the legislation may then employ a definition of spouse which discriminates on the basis of sexual orientation. It is clear that Parliament does not have any constitutional obligation to provide benefits. However, once the decision has been made to confer a benefit, it cannot be applied in a discriminatory manner. See

2. La distinction emporte-t-elle discrimination?

a) *La distinction fondée sur une caractéristique personnelle*

Dans l'arrêt *Andrews*, précité, à la p. 174, le juge McIntyre a indiqué que l'une des principales caractéristiques de la discrimination est qu'elle consiste en une «distinction [. . .] fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus». La première question à résoudre est de savoir si la distinction établie à l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* est «fondée» sur des caractéristiques personnelles. À mon avis, cette distinction est effectivement fondée sur une caractéristique personnelle, plus précisément l'orientation sexuelle.

L'intimée fait valoir que la distinction n'est pas fondée sur une caractéristique personnelle, mais plutôt sur la qualité de «conjoint» par opposition à la qualité de «non-conjoint». Elle soutient que les homosexuels qui vivent en couple ne sont pas des conjoints, au même titre que ne le sont le frère et la sœur, le parent et son enfant, les colocataires ou tout autre ménage non composé de conjoints exclu de l'application de la Loi. Cette position a été adoptée par la Section de première instance et la Cour d'appel à la majorité. En toute déférence, je ne puis y souscrire. Affirmer que la distinction se situe entre les «conjoints» et les «non-conjoints», c'est contourner la véritable question que soulève la disposition législative en cause, soit la définition de «conjoint».

L'article 2 de la Loi prévoit que les «conjoints» sont admissibles à une allocation. Je le répète, les appelants ne contestent pas la décision parlementaire de conférer des avantages aux conjoints par opposition aux non-conjoints. Ils contestent plutôt que, une fois prise la décision de conférer un avantage aux conjoints de fait, la loi puisse ensuite avoir recours à une définition de conjoint qui établit une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le législateur n'a bien sûr aucune obligation constitutionnelle d'accorder des avantages. Toutefois, s'il décide de conférer un avantage, celui-ci ne peut être accordé de façon discrimina-

Brooks v. Canada Safeway Ltd., [1989] 1 S.C.R. 1219, at p. 1240; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at pp. 721-22. The fact that, in the past, the term “spouse” had only a heterosexual connotation must not serve to prevent an inquiry into whether the statutory definition limiting “spouse” only to heterosexual couples violates s. 15(1) of the *Charter*. This principle was emphasized in *Turpin* where at p. 1328 Wilson J. wrote:

The argument that s. 15 is not violated because departures from its principles have been widely condoned in the past and that the consequences of finding a violation would be novel and disturbing is not, in my respectful view, an acceptable approach to the interpretation of *Charter* provisions.

The words of the statutory definition are clear and can have but one meaning. The legislation defines spouse as “a person of the opposite sex”. To treat persons of the same sex who represent themselves as a common law couple differently from persons of the opposite sex representing themselves as a common law couple is a differentiation which must be based upon sexual orientation. I would add that, although the statute appears to do so, it is not necessary for the challenged legislation to directly identify sexual orientation as a criterion for eligibility. For example, it has been held that a distinction made on the basis of pregnancy constitutes discrimination on the basis of sex. Similarly, differential treatment in the form of sexual harassment constitutes discrimination on the basis of sex: see *Brooks, supra*; and *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252. What is relevant in resolving the issue is whether the difference in treatment affects the individual or group in a manner which is related to their personal characteristics. To put it another way, the question is whether the difference in treatment is closely related to a personal characteristic of a group to which the claimant belongs. On this issue, I think the reasoning of Linden J.A. was appropriate and bears repetition. He stated (at p. 431):

toire. Voir *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, à la p. 1240, et *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, aux pp. 721 et 722. Il est vrai que, dans le passé, le terme «conjoint» n’avait qu’un sens hétérosexuel, mais cela ne doit pas nous empêcher de vérifier si la définition de la loi qui limite «conjoint» aux seuls couples hétérosexuels viole le par. 15(1) de la *Charte*. Le juge Wilson a souligné cette règle dans l’arrêt *Turpin*, à la p. 1328:

L’argument selon lequel il n’y a pas de violation de l’art. 15 parce que, dans le passé, on a toléré la transgression de ses principes et parce qu’une conclusion qu’il y a eu violation aurait des conséquences nouvelles et troublantes, me paraît, quant à moi, une façon inacceptable d’aborder l’interprétation des dispositions de la *Charte*.

Le libellé de la définition dans la loi est limpide et ne peut revêtir qu’un sens. Aux termes de la loi, le conjoint désigne une «personne de sexe opposé». Traiter les personnes de même sexe qui se présentent comme des conjoints de fait différemment des personnes de sexe opposé qui se présentent comme des conjoints de fait revient à établir une distinction qui ne peut qu’être fondée sur l’orientation sexuelle. J’ajouterais que, bien qu’elle paraisse le faire en l’espèce, il n’est pas nécessaire que la loi contestée mentionne expressément l’orientation sexuelle comme critère d’admissibilité. Par exemple, il a été jugé que la distinction fondée sur la grossesse constitue une discrimination fondée sur le sexe. De même, le traitement dont la différence se manifeste sous la forme d’un harcèlement sexuel constitue une discrimination fondée sur le sexe: voir *Brooks*, précité, et *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252. Il importe de savoir, pour trancher la question, si la différence de traitement touche la personne ou le groupe d’une manière qui est liée à ses caractéristiques personnelles. En d’autres termes, si la différence de traitement est étroitement liée à une caractéristique personnelle d’un groupe auquel le plaignant appartient. Sur cette question, j’estime que le raisonnement du juge Linden de la Cour d’appel est juste et mérite d’être répété. Voici ce qu’il a dit à la p. 431:

While a distinction must be based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group in order to be discriminatory, the words "based on" do not mean that the distinction must be designed with reference to those grounds. Rather, the relevant consideration is whether the distinction affects the individual or group in a manner related to their personal characteristics . . .

Si une distinction doit être fondée sur des motifs tenant aux caractéristiques personnelles de l'individu ou du groupe pour être discriminatoire, les mots «fondée sur» ne signifient pas que la distinction doit avoir été conçue par référence à ces motifs. Au contraire, ce qu'il faut examiner, c'est si la manière dont cette distinction affecte l'individu ou le groupe a un rapport avec leurs caractéristiques personnelles . . .

168 In this case, there can be no doubt that the distinction is related to the personal characteristic of sexual orientation. It may be correct to say that being in a same-sex relationship is not necessarily the defining characteristic of being homosexual. Yet, only homosexual individuals will form a part of a same-sex common law couple. It is the sexual orientation of the individuals involved which leads to the formation of the homosexual couple. The sexual orientation of the individual members cannot be divorced from the homosexual couple. To find otherwise would be as wrong as saying that being pregnant had nothing to do with being female. The words "of the opposite sex" in the definition of "spouse" specifically exclude homosexual couples from claiming a spousal allowance. It is not without significance that, when it rejected the appellants' application for a spousal allowance, Health and Welfare Canada's Old Age Security department specifically stated that the reason for ineligibility was the definition of spouse. Indeed on this point the trial judge found (at p. 695) that:

... it is fair to say that had Nesbit been a woman cohabiting with Egan substantially on the same terms as he in fact cohabited with Egan he would have been eligible for the spouse's allowance.

Similarly, Mahoney J.A. held that this finding was "an unassailable conclusion of fact based on the evidence" (p. 410).

En l'espèce, il ne fait pas de doute que la distinction tient dans la caractéristique personnelle qu'est l'orientation sexuelle. Il est peut-être juste de dire que le fait d'entretenir une relation avec une personne du même sexe n'est pas nécessairement la caractéristique déterminante de l'homosexualité, si ce n'est que seuls les homosexuels feront partie d'un couple de même sexe qui vit en union de fait. C'est l'orientation sexuelle des personnes concernées qui entraîne la formation d'un couple homosexuel. Cette orientation ne peut être dissociée du couple homosexuel. Conclure autrement serait tout aussi erroné que de faire valoir que la grossesse n'a rien à voir avec le fait d'être une femme. Les mots «de sexe opposé» dans la définition de «conjoint» empêchent explicitement les couples homosexuels de demander l'allocation de conjoint. Il importe de souligner que, lorsqu'elle a rejeté la demande des appelants pour l'allocation de conjoint, la section Sécurité de la vieillesse de Santé et Bien-être social Canada a indiqué expressément que l'inadmissibilité était justifiée par la définition de conjoint. En fait, sur ce point, le juge de première instance a dit, à la p. 695:

... on peut présumer que, Nesbit eût-il été une femme cohabitant avec Egan dans les mêmes conditions, il aurait eu droit à l'allocation de conjoint.

De même, le juge Mahoney a conclu qu'il s'agissait là d'une «conclusion inattaquable sur les faits, tirée à la lumière des preuves produites» (p. 410).

169 In this case, a great deal of time was spent demonstrating the nature of the warm, compassionate, caring relationship that very evidently existed between the appellants. In passing, it is, I think, worth mentioning that this need not be done in every case. It is not necessary that the evidence demonstrate that a homosexual relationship bears

En l'espèce, on a consacré beaucoup de temps à démontrer la nature des liens tendres, affectueux et aimants qui unissent de toute évidence les appelants. J'estime à propos de mentionner en passant que cela n'est pas nécessaire dans tous les cas. Il n'est pas obligatoire que la preuve démontre que l'union homosexuelle revêt toutes les caractéris-

all the features of an ideal heterosexual relationship for the relationship of many heterosexual couples is sometimes far from ideal. The relationships between heterosexuals must vary as infinitely as do the personalities of the individuals involved. In this case, it would have sufficed to prove that the homosexual relationship had existed for more than one year during which time the partners had publicly indicated their relationship and that their combined income was below the statutory limit. This is the same evidence that would be sufficient to qualify a heterosexual common law couple for the spousal allowance.

It is therefore evident that the ground of distinction between the appellants and heterosexual couples who qualify for the spousal allowance is their sexual orientation. Since sexual orientation is not an enumerated ground in s. 15(1), it must be determined whether it is analogous to those which are enumerated in the section.

(b) *Is Sexual Orientation an Analogous Ground?*

The reasons in *Andrews, supra*, and *Turpin, supra*, indicate that in order to determine whether the basis of distinction is analogous to the enumerated grounds, it is first necessary to identify the group which is affected. It is true that in some cases it may be useful to determine whether or not the affected group forms a "discrete and insular minority" which is lacking in political power and, thus, vulnerable to having its interests overlooked or its rights to equal concern and respect violated. Yet, that search is not really an end in itself. While historical disadvantage or a group's position as a discrete and insular minority may serve as indicators of an analogous ground, they are not prerequisites for finding an analogous ground. They may simply be of assistance in determining whether the interest advanced by a claimant is the sort of interest that s. 15(1) was designed to protect. The fundamental consideration underlying the analogous grounds analysis is whether the basis of distinction may serve to deny the essential human dignity of the *Charter* claimant. Since one of the aims of s. 15(1) is to prevent discrimination against groups which suffer from a social or political disadvan-

tiques d'une union hétérosexuelle idéale puisque de nombreux couples hétérosexuels vivent une union souvent loin d'être idéale. Les unions entre hétérosexuels varient autant que les personnalités des personnes concernées. En l'espèce, il aurait suffi d'établir que l'union homosexuelle existait depuis plus d'un an, que les personnes concernées s'étaient publiquement présentées comme cohabitantes et que leur revenu total était inférieur à la limite prescrite. C'est exactement ce que doivent établir les conjoints de fait hétérosexuels pour recevoir l'allocation de conjoint.

Il est par conséquent évident que la distinction entre les appelants et les couples hétérosexuels admissibles à l'allocation de conjoint est fondée sur leur orientation sexuelle. Puisqu'il ne s'agit pas là d'un motif énuméré au par. 15(1), il faut déterminer s'il est analogue à ceux qui le sont.

b) *L'orientation sexuelle est-elle un motif analogue?*

Les motifs prononcés dans les arrêts *Andrews* et *Turpin*, précités, permettent de constater que, pour déterminer si le fondement de la distinction est analogue aux motifs énumérés, il est d'abord essentiel de cerner le groupe touché. Certes, il est parfois utile de déterminer si le groupe touché forme une «minorité discrète et isolée» qui ne jouit d'aucun pouvoir politique et dont, par conséquent, les droits risquent d'être négligés, ou les droits à un même intérêt ou à un même respect, violés. Cette recherche n'est toutefois pas vraiment une fin en soi. Si le désavantage historique ou la situation d'un groupe en tant que minorité discrète et isolée peuvent servir d'indices de l'existence d'un motif analogue, ils ne sont toutefois pas des conditions préalables à une conclusion à cet effet. Ils peuvent simplement se révéler utiles pour déterminer si le droit que fait valoir le plaignant est de ceux que le par. 15(1) a été conçu pour protéger. La considération fondamentale qui sous-tend l'analyse relative aux motifs analogues est celle de savoir si le fondement de la distinction peut servir à priver le requérant de sa dignité humaine essentielle. Puisque l'un des objectifs du par. 15(1) est

tage it follows that it may be helpful to see if there is any indication that the group in question has suffered discrimination arising from stereotyping, historical disadvantage or vulnerability to political and social prejudice.

de mettre un frein à la discrimination contre les groupes qui souffrent d'un désavantage social ou politique, il peut être bon de chercher toute indication que le groupe en question a été victime de discrimination découlant de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux.

172 The respondent argued that sexual orientation should only be considered an analogous ground if the appellants could show that homosexuals suffered a specific form of economic disadvantage which was exacerbated by the legislation in question. This argument cannot succeed. It would fragment our concept of discrimination and would seem to be illogical since discrimination, whether it is based on historical, political or societal disadvantage, will almost always have adverse economic consequences. Conversely, economic discrimination is inherently connected to discriminatory social and political attitudes which have prevailed in the past. Yet, the basic issue to be resolved is whether the challenged Act has made a distinction on the basis of an analogous ground. The resolution of that issue must be made "in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society": see *Andrews, supra*, at p. 152; *Turpin, supra*, at p. 1332; and *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 991.

L'intimée fait valoir que l'orientation sexuelle ne devrait être considérée comme un motif analogue que si les appelants peuvent établir que les homosexuels ont été victimes d'un désavantage économique que la loi en cause a aggravé. Cet argument ne saurait être retenu. Il aurait pour effet de fragmenter notre concept de discrimination et semble être illogique puisque la discrimination, qu'elle soit fondée sur des désavantages historiques, politiques ou sociaux, entraînera presque toujours des conséquences économiques préjudiciables. Réciproquement, la discrimination économique est intrinsèquement liée aux attitudes sociales et politiques discriminatoires qui ont existé dans le passé. Or, la question fondamentale est de savoir si la loi contestée a établi une distinction fondée sur un motif analogue. On doit répondre à cette question «en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société»: voir *Andrews*, précité, à la p. 152; *Turpin*, précité, à la p. 1332; et *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la p. 991.

173 The historic disadvantage suffered by homosexual persons has been widely recognized and documented. Public harassment and verbal abuse of homosexual individuals is not uncommon. Homosexual women and men have been the victims of crimes of violence directed at them specifically because of their sexual orientation: *Equality For All: Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights* (1985), at p. 26; Cynthia Petersen, "A Queer Response to Bashing: Legislating Against Hate" (1991), 16 *Queen's L.J.* 237; Nova Scotia Public Interest Research Group, "*Proud but Cautious*": *Homophobic Abuse and Discrimination in Nova Scotia* (1994); Bill C-41 (1994). They have been discriminated against in their employment and their access to services. They have been

Le désavantage historique dont ont souffert les homosexuels est largement reconnu et abondamment étayé. Le harcèlement et l'abus verbal publics sont fréquemment le lot des homosexuels. Les gais et les lesbiennes ont été victimes de crimes de violence précisément en raison de leur orientation sexuelle: *Égalité pour tous: Rapport du comité parlementaire sur les droits à l'égalité* (1985), à la p. 30; Cynthia Petersen, «A Queer Response to Bashing: Legislating Against Hate» (1991), 16 *Queen's L.J.* 237; Nova Scotia Public Interest Research Group, «*Proud but Cautious*»: *Homophobic Abuse and Discrimination in Nova Scotia* (1994); projet de loi C-41 (1994). Ils ont été victimes de discrimination en milieu de travail et au niveau de l'accès aux services. Ils ont été

excluded from some aspects of public life solely because of their sexual orientation: *Equality For All, supra*, at pp. 30-32; *Douglas v. Canada* (1992), 58 F.T.R. 147. The stigmatization of homosexual persons and the hatred which some members of the public have expressed towards them has forced many homosexuals to conceal their orientation. This imposes its own associated costs in the work place, the community and in private life.

For example, a study by the Quebec Human Rights Commission has indicated that the isolation, harassment and violence imposed by the public and the rejection by their families has caused young homosexuals to have a higher rate of attempted and successful suicide than heterosexual youths: *De l'illégalité à l'égalité: Rapport de la consultation publique sur la violence et la discrimination envers les gais et lesbiennes* (Commission des droits de la personne du Québec, May 1994), at p. 125. Until 1969, certain forms of homosexual sexual intercourse were criminal offences. Until 1973, the American Psychiatric Association labelled homosexuality a psychiatric disorder and the World Health Organization considered it a psychiatric disorder until as recently as 1993.

Homosexual couples as well as homosexual individuals have suffered greatly as a result of discrimination. Sexual orientation is more than simply a "status" that an individual possesses. It is something that is demonstrated in an individual's conduct by the choice of a partner. The *Charter* protects religious beliefs and religious practice as aspects of religious freedom. So, too, should it be recognized that sexual orientation encompasses aspects of "status" and "conduct" and that both should receive protection. Sexual orientation is demonstrated in a person's choice of a life partner, whether heterosexual or homosexual. It follows that a lawful relationship which flows from sexual orientation should also be protected. The European Parliament, in its legislation prohibiting discrimination on the basis of sexual orientation, specifically sought to address the discrimination faced by

écartés de certains aspects de la vie publique uniquement en raison de leur orientation sexuelle: *Égalité pour tous, op. cit.*, aux pp. 35 à 37, et *Douglas c. Canada* (1992), 58 F.T.R. 147. L'opprobre dont les homosexuels sont l'objet et la haine que certains membres de la société ont exprimée envers eux ont contraint de nombreux homosexuels à cacher leur orientation. Cette situation entraîne ses propres séquelles dans le milieu de travail, dans la collectivité et dans la vie privée.

Par exemple, une étude menée par la Commission des droits de la personne du Québec a indiqué que l'isolement, le harcèlement et la violence imposés par le public et le rejet par la famille se sont traduits chez les jeunes homosexuels par un taux de suicide et de tentatives de suicide supérieur à celui des adolescents hétérosexuels: *De l'illégalité à l'égalité: Rapport de la consultation publique sur la violence et la discrimination envers les gais et lesbiennes* (Commission des droits de la personne du Québec, mai 1994), à la p. 125. Avant 1969, certaines formes de relations sexuelles homosexuelles étaient des actes criminels. Jusqu'en 1973, l'American Psychiatric Association a collé à l'homosexualité l'étiquette de trouble mental, et l'Organisation mondiale de la santé ne considère plus l'homosexualité comme un trouble mental que depuis 1993.

Les homosexuels, en couples ou individuellement, ont grandement souffert de discrimination. L'orientation sexuelle est davantage que le simple «statut» d'un individu. C'est quelque chose qui se manifeste dans le comportement d'une personne par le choix de son partenaire. La *Charte* protège les croyances et les pratiques religieuses en tant qu'aspects de la liberté de religion. On devrait reconnaître également que l'orientation sexuelle réunit des aspects du «statut» et du «comportement», et que tous deux devraient être protégés. L'orientation sexuelle se manifeste par le choix du partenaire de vie, qu'il soit hétérosexuel ou homosexuel. Il s'ensuit donc qu'une union légitime qui naît de l'orientation sexuelle devrait elle aussi être protégée. Le Parlement européen, par sa loi interdisant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, a tenté précisément de s'attaquer au pro-

174

175

homosexuals not only as individuals but as couples: *Resolution on Equal Rights for Homosexuals and Lesbians in the European Community* (A3-0028/94). These studies serve to confirm overwhelmingly that homosexuals, whether as individuals or couples, form an identifiable minority who have suffered and continue to suffer serious social, political and economic disadvantage.

blème de la discrimination dont sont victimes les homosexuels tant à titre individuel que comme couples: *Résolution sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la communauté européenne* (A3-0028/94). Ces études permettent de confirmer sans le moindre doute que les homosexuels, à titre individuel ou comme couples, forment une minorité identifiable, victime encore aujourd'hui de désavantages sociaux, politiques et économiques graves.

176 Quite apart from the evidence of historical social, political and economic disadvantage suffered by homosexuals, it is apparent that a legislative consensus is emerging which recognizes that sexual orientation is an analogous and prohibited ground of discrimination. The human rights legislation in New Brunswick, Nova Scotia, Quebec, Ontario, Manitoba and the Yukon all prohibit discrimination on the basis of sexual orientation. As a result of *Charter* challenges, protection against discrimination on the basis of sexual orientation is also available in Alberta and in the federal jurisdiction. The Ontario Court of Appeal in *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495, found that sexual orientation was an analogous ground to those enumerated in s. 15 of the *Charter* and held that the *Canadian Human Rights Act* violated s. 15 because it failed to prohibit discrimination on the basis of sexual orientation. The Alberta human rights legislation was similarly found to infringe the *Charter* in *Vriend v. Alberta* (1994), 152 A.R. 1 (Q.B.), at p. 14. In both cases, the courts read sexual orientation into the respective Acts.

Tout à fait indépendamment de la preuve relative à ces désavantages dont souffrent les homosexuels, on peut constater l'émergence d'un consensus législatif où l'on reconnaît que l'orientation sexuelle est un motif analogue et illicite de discrimination. Les lois sur les droits de la personne adoptées au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse, au Québec, en Ontario, au Manitoba et au Yukon interdisent toutes la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Sous l'influence des contestations fondées sur la *Charte*, l'Alberta et le gouvernement fédéral offrent également une protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La Cour d'appel de l'Ontario dans *Haig c. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495, a conclu que l'orientation sexuelle était un motif analogue à ceux énumérés à l'art. 15 de la *Charte* et que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* violait l'art. 15 parce qu'elle n'interdisait pas la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La loi de l'Alberta sur les droits de la personne a elle aussi été jugée contraire à la *Charte* dans *Vriend c. Alberta* (1994), 152 A.R. 1 (B.R.), à la p. 14. Dans ces deux affaires, les tribunaux ont ajouté l'orientation sexuelle dans les lois respectives au moyen de l'interprétation large.

177 It is significant that a number of courts have, in my view correctly, concluded that sexual orientation is an analogous ground of discrimination in the context both of discrimination against homosexual individuals and of discrimination against homosexual couples. See for example *Veysey v. Canada (Correctional Service)* (1989), 44 C.R.R. 364; *Brown v. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294 (S.C.); *Knodel v. British Columbia (Medical Services Com-*

Il est révélateur que de nombreux tribunaux aient conclu, à mon avis à juste titre, que l'orientation sexuelle est un motif analogue dans le contexte de la discrimination contre les homosexuels tant à titre individuel que comme couples. Voir par exemple *Veysey c. Canada (Correctional Service)* (1989), 44 C.R.R. 364; *Brown c. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294 (S.C.); *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356

mission) (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356 (S.C.); *Leshner v. Ontario* (1992), 16 C.H.R.R. D/184 (Bd. of Inq.). Nor can it be forgotten that all three members of the Federal Court of Appeal in this case recognized sexual orientation as an analogous ground and held that the respondent had acted correctly in conceding this point.

From the foregoing review, it can be seen that many legislators have recognized sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. Similarly, judicial opinion has overwhelmingly recognized that sexual orientation is an analogous ground to those set out in s. 15(1). In my view, there can be no doubt that sexual orientation is indeed a ground of discrimination analogous to those enumerated in s. 15(1). It now remains to be seen whether the distinction on the basis of this analogous ground constitutes discrimination.

(c) *Is There Discrimination?*

In my opinion, the distinction drawn by s. 2 of the *Old Age Security Act* on the basis of sexual orientation does constitute discrimination. The principle was stated with simple clarity by McIntyre J. in *Andrews* at pp. 174-75:

Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

However, cases such as *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872, and *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906, make it clear that it is not simply the fact that a distinction is drawn on the basis of either an enumerated or an analogous ground which gives rise to discrimination. Rather, the existence of discrimination is determined by assessing the prejudicial effect of the distinction against s. 15(1)'s fundamental purpose of preventing the infringement of essential human dignity. The legislature's reliance upon stereotypical reasoning may very well be an extremely significant factor in determining whether discrimination exists. However, in light of the facts presented in this appeal, it is not necessary to elaborate upon other considerations which may also give rise to

(C.S.); *Leshner c. Ontario* (1992), 16 C.H.R.R. D/184 (Comm. d'enquête). Il ne faut pas oublier non plus que les trois juges de la Cour d'appel fédérale en l'espèce ont admis que l'orientation sexuelle était un motif analogue et conclu que l'intimée avait concédé ce point à juste titre.

De l'examen qui précède, on peut voir que plusieurs législateurs ont reconnu l'orientation sexuelle au nombre des motifs de discrimination prohibés. De même, les juges ont en grande majorité reconnu que l'orientation sexuelle était un motif analogue à ceux énumérés au par. 15(1). À mon avis, il n'y a aucun doute à ce sujet. Reste maintenant à déterminer si la distinction fondée sur ce motif analogue constitue une discrimination.

c) *Y a-t-il discrimination?*

À mon sens, la distinction établie par l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* sur le fondement de l'orientation sexuelle est discriminatoire. Le principe a été formulé en termes simples par le juge McIntyre dans *Andrews*, aux pp. 174 et 175:

Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

Cependant, des arrêts comme *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872, et *R. c. Hess*, [1990], 2 R.C.S. 906, indiquent clairement que ce n'est pas le simple fait qu'une distinction soit fondée sur un motif énuméré ou analogue qui entraîne la discrimination. L'existence d'une discrimination est plutôt établie par l'appréciation de l'effet préjudiciable de la distinction par rapport à l'objectif fondamental du par. 15(1), qui est d'empêcher toute atteinte à la dignité humaine essentielle. Le fait que le législateur ait fondé son raisonnement sur des stéréotypes peut fort bien constituer un facteur extrêmement important pour déterminer s'il y a distinction. Toutefois, compte tenu des faits présentés en l'espèce, nul n'est besoin de s'attarder sur d'autres considérations

178

179

discrimination. Ultimately, it must be remembered that the question as to whether or not there is discrimination should be addressed from the perspective of the person claiming a *Charter* violation.

180 In the present appeal, looking at the Act from the perspective of the appellants, it can be seen that the legislation denies homosexual couples equal benefit of the law. The Act does this not on the basis of merit or need, but solely on the basis of sexual orientation. The definition of "spouse" as someone of the opposite sex reinforces the stereotype that homosexuals cannot and do not form lasting, caring, mutually supportive relationships with economic interdependence in the same manner as heterosexual couples. The appellants' relationship vividly demonstrates the error of that approach. The discriminatory impact can hardly be deemed to be trivial when the legislation reinforces prejudicial attitudes based on such faulty stereotypes. The effect of the impugned provision is clearly contrary to s. 15's aim of protecting human dignity, and therefore the distinction amounts to discrimination on the basis of sexual orientation.

Conclusion with Regard to Section 15(1)

181 The Act denies common law homosexual couples equal benefit of the law based upon the analogous ground of sexual orientation. The effect of this is discriminatory and so infringes the appellants' rights provided by s. 15(1) of the *Charter*. It follows that the first constitutional question should be answered as follows:

Question 1: Does the definition of "spouse" in s. 2 of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, infringe or deny s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

It remains now to be determined whether the discrimination can be justified under s. 1 of the *Charter*.

également susceptibles d'entraîner une discrimination. Finalement, il ne faut pas oublier que la question de savoir s'il y a discrimination devrait être examinée du point de vue de la personne qui allègue une violation de la *Charte*.

En l'espèce, si on examine la Loi du point de vue des appelants, on s'aperçoit qu'elle nie aux couples homosexuels le droit au même bénéfice de la loi. La Loi ne fonde pas ce refus sur les mérites ou les besoins des personnes concernées, mais uniquement sur leur orientation sexuelle. La définition de «conjoint» comme étant une personne de sexe opposé renforce le stéréotype selon lequel les homosexuels ne peuvent entretenir et, effectivement, n'entretiennent pas de relations durables où l'affection, le soutien et l'interdépendance financière se manifestent de la même façon que chez les couples hétérosexuels. La relation des appelants démontre précisément l'erreur de cette position. On peut difficilement juger que l'effet discriminatoire est négligeable alors que la loi renforce des préjugés fondés sur ces stéréotypes injustes. L'effet de la disposition contestée est manifestement contraire au but de l'art. 15 de protéger la dignité humaine et, par conséquent, la distinction équivaut à une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Conclusion sur le par. 15(1)

La Loi refuse aux conjoints de fait homosexuels le droit au même bénéfice de la loi sur le fondement du motif analogue de l'orientation sexuelle. Ce refus a un effet discriminatoire et porte donc atteinte aux droits des appelants garantis par le par. 15(1) de la *Charte*. Par conséquent, je suis d'avis de répondre ainsi à la première question constitutionnelle:

Question 1: La définition de «conjoint», à l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, porte-t-elle atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

Il reste maintenant à déterminer si la discrimination est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

IACOBUCCI J.Section 1 of the Charter

Section 1 allows *Charter* violations to be upheld if these violations are reasonably justifiable in a free and democratic society. The test to establish whether a statutory provision constitutes a “reasonable limit” was first advanced by former Chief Justice Dickson in *R. v. Oakes*, *supra*, at pp. 138-39. A limitation to a constitutional guarantee will be sustained once two conditions are met. First, the objective of the legislation must be pressing and substantial. Second, the means chosen to attain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. In order to satisfy the second requirement, three criteria must be satisfied: (1) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation; (2) the impugned provision must minimally impair the *Charter* guarantee; and (3) there must be a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right. In all s. 1 cases the burden of proof is with the government to show on a balance of probabilities that the violation is justifiable.

(a) *The First Element of the Oakes Test: Is the Legislative Goal Pressing and Substantial?*(i) What is the Goal of the Old Age Security Act?

As noted by Cory J., there appears to be some confusion as to the objective of the impugned legislation. In fact, both of the parties to the dispute ascribe different goals to the Act; so, too, do some of the interveners.

I am of the view, as was Linden J.A. in the court below, that the objective of the spousal allowance is to ensure that, when one partner in a couple retires, that couple will continue to receive income equivalent to the amount that would be earned were both members of the couple to be retired,

LE JUGE IACOBUCCIL'article premier de la Charte

L'article premier permet que des violations de la *Charte* soient entérinées si elles sont raisonnables et justifiables dans une société libre et démocratique. Le critère qui permet d'établir si une règle de droit constitue une «limite raisonnable» a pour la première fois été formulé par l'ancien juge en chef Dickson dans *R. c. Oakes*, précité, aux pp. 138 et 139. L'atteinte à une garantie constitutionnelle sera validée à deux conditions. Dans un premier temps, l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères: (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif; (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif. Dans le contexte de l'article premier, il incombe toujours au gouvernement de prouver selon la prépondérance des probabilités que la violation peut se justifier.

a) *Le premier élément du critère énoncé dans Oakes: L'objectif législatif est-il urgent et réel?*(i) Quel est l'objectif de la Loi sur la sécurité de la vieillesse?

Comme l'a signalé le juge Cory, une certaine ambiguïté paraît entourer l'objectif de la loi contestée. En fait, les deux parties au litige, ainsi que certains intervenants, prêtent différents objectifs à la Loi.

Je suis d'avis, à l'instar du juge Linden de la Cour d'appel fédérale, que le programme d'allocation de conjoint vise à faire en sorte qu'au moment de la retraite d'un conjoint le couple continue à recevoir un revenu égal à ce qu'il recevrait si les deux conjoints étaient à la retraite, pour autant bien

182

183

184

provided, of course, that the non-retired spouse be between the ages of 60 and 64. To this end, the Act is geared towards the mitigation of poverty among "elderly households". I reach this conclusion after reviewing the design of the legislation, as well as the legislative debates and policy statements accompanying the introduction of the spousal allowance.

185 For example, when the spousal allowance was first enacted in 1975, the then Minister of National Health and Welfare, the Honourable Marc Lalonde, described its *raison d'être* as follows:

Its objective is clear and singular in purpose. It is to ensure that when a couple is in a situation where one of the spouses has been forced to retire, and that couple has to live on the pension of a single person, that there should be a special provision, when the breadwinner has been forced to retire at or after 65, to make sure that particular couple will be able to rely upon an income which would be equivalent to both members of the couple being retired or 60 [sic] years of age and over. That is the purpose of this Bill, no more than that, no less than that.

(*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs*, June 12, 1975, at p. 25:7.)

186 Similarly, in a news release dated June 3, 1975, the federal government identified the purpose of the allowance in the following manner:

The purpose of this amendment is to provide relief in situations where two persons would otherwise have to live on the pension of one.

187 I note that, owing to the traditional dynamic of heterosexual spousal relationships in which the woman would generally withdraw from the labour market for purposes of raising children, 87 percent of those receiving the spousal allowance are women. This stems from the fact that the retiring "breadwinner" would usually be the husband; the wife would generally be younger than her spouse and would tend to have little, if any, income of her own since she would not be eligible for the old age pension for a few years. The end result would be that the income of the family unit would drop dras-

sûr que le conjoint qui n'est pas à la retraite ait entre 60 et 64 ans. À cette fin, la Loi est conçue de façon à réduire la pauvreté chez les «couples âgés». J'en suis venu à cette conclusion après avoir examiné l'intention de la loi ainsi que les débats et les énoncés de principe qui ont entouré l'introduction du programme d'allocation de conjoint.

Ainsi, lorsque l'allocation de conjoint a été adoptée en 1975, le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social d'alors, l'honorable Marc Lalonde, a décrit sa raison d'être dans les termes suivants:

Son objectif est simple et clair, il permet d'assurer à un couple dont l'un des conjoints est forcé de prendre sa retraite et qui doivent vivre de la pension d'une seule personne, et lorsque le soutien de famille doit prendre sa retraite à l'âge de 65 ans ou peu après, de pouvoir retirer un revenu qui sera l'équivalent de ce que retireraient les deux conjoints si elles (*sic*) étaient à la retraite ou âgées de 60 (*sic*) ans et plus. Voilà ni plus ni moins, l'objectif du bill.

(*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales*, 12 juin 1975, à la p. 25:7.)

De même, dans un communiqué de presse du 3 juin 1975, le gouvernement fédéral exposait ainsi l'objectif de l'allocation:

[TRADUCTION] Cette modification a pour but d'apporter une assistance à deux personnes qui devraient par ailleurs vivre de la pension d'une seule d'entre elles.

Je remarque qu'en raison de la dynamique traditionnelle des relations conjugales hétérosexuelles où, en général, la femme quittait le marché du travail pour élever les enfants, 87 p. 100 des prestataires de l'allocation de conjoint sont des femmes. En effet, le «soutien de la famille» qui prenait sa retraite était en général le mari, et la femme, qui était en général plus jeune que son mari, tendait à n'avoir qu'un faible revenu, sinon aucun, puisqu'elle n'était pas admissible à la pension de vieillesse avant quelques années. Il en résultait que le revenu familial était considérablement réduit jus-

tically until the wife reached 65 and was awarded her pension. However, the fact that a disproportionately large percentage of the recipients are women does not, in my mind, establish, as submitted by the respondent, that the goal of the Act is the reduction of poverty among elderly women in spousal relationships. I arrive at this conclusion for a number of reasons, most of which have already been alluded to by Cory J.

First, both men and women can apply for the allowance. Second, there is no requirement for the couple to have raised children in order to trigger eligibility for the spousal benefit and it is not a prerequisite that the female spouse had to have been a homemaker or out of the paid labour force. Third, the distribution of the benefit is contingent upon the joint family income of the household falling below a certain level. Fourth, the growing presence of women in the labour market is such that the traditional “mother spouse in the house” is becoming less common. Fifth, the legislation makes no reference to the position of women, or to women at all: it is a spouse’s pension, not a woman’s pension. Finally, given that the allowance is available after simply one year of cohabitation, it does not appear tailored to remedying the disempowered position of women flowing from the dynamic of long-term traditional heterosexual relationships since a woman need not be in such a relationship in order to qualify for the benefit: a woman may be single until the age of 60, then enter a relationship with a man receiving the old age security pension, cohabit for one year, and thereby become eligible to receive the spousal allowance.

(ii) Is This Goal Pressing and Substantial?

The appellants concede that the alleviation of poverty in elderly households is a goal of pressing and substantial importance. I agree. Moreover, as noted by Lamer C.J. in *Schachter v. Canada*, *supra*, at p. 721, “[i]t will be a rare occasion when a benefit conferring scheme is found to have an

qu’à ce que la femme atteigne 65 ans et devienne admissible à la pension. Cependant, le fait qu’une large majorité de prestataires soient des femmes n’établit pas, à mon avis, comme le soutient l’intimée, que la Loi a pour objectif d’endiguer la pauvreté chez les femmes âgées vivant en union conjugale. Je conclus ainsi pour différentes raisons, à la plupart desquelles le juge Cory a déjà fait allusion.

Premièrement, tant les hommes que les femmes peuvent demander l’allocation. Deuxièmement, il n’est pas nécessaire que le couple ait élevé des enfants pour être admissible à l’allocation de conjoint, ni que la conjointe ait pris soin du ménage ou qu’elle n’ait pas travaillé à l’extérieur du foyer. Troisièmement, l’allocation n’est accordée que si le revenu total de la famille est inférieur à un certain montant. Quatrièmement, la présence accrue des femmes sur le marché du travail est telle que la notion traditionnelle d’«épouse et mère au foyer» est aujourd’hui moins courante. Cinquièmement, la loi ne mentionne ni la situation de la femme, ni même les femmes comme telles: c’est une allocation de conjoint, et non une allocation destinée expressément à la femme. Enfin, étant donné que l’allocation est offerte simplement après un an de vie commune, elle ne paraît pas être conçue pour parer à l’état démuné dans lequel se trouvent les femmes en raison de la dynamique de la relation hétérosexuelle traditionnelle de longue durée puisque, pour être admissible à l’allocation, la femme n’est pas tenue d’entretenir une telle relation: elle peut être célibataire jusqu’à l’âge de 60 ans, puis entreprendre une relation avec un homme qui reçoit une pension de sécurité de la vieillesse, cohabiter avec lui pendant un an et, de ce fait, être admissible à l’allocation de conjoint.

(ii) S’agit-il d’un objectif urgent et réel?

Les appelants concèdent que la lutte à la pauvreté chez les couples âgés est un objectif qui se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles. Je suis d’accord. En outre, comme l’a fait remarquer le juge en chef Lamer dans *Schachter c. Canada*, précité, à la p. 721, «[o]n considérait

unconstitutional purpose". The legislation thus satisfies the first component of the *Oakes* test.

(b) *The Second Element of Oakes: Proportionality Analysis*

190 I conclude that the underinclusiveness of the Act is not a reasonable limit. Although the purpose of the legislation is laudable, it has been implemented in a discriminatory manner in that an equally deserving group meeting the criteria established by the law is denied benefits based on an irrelevant personal characteristic.

(i) The Legislation Is Not Rationally Connected to Its Objective

191 If the goal of the legislation is the alleviation of poverty among cohabiting elderly "spouses", then how can this be but incompletely attained by denying otherwise eligible households the spousal allowance merely because of discrimination based on sexual orientation? The exclusion of same-sex partners is simply not rationally connected to the goal of alleviating poverty among elderly couples. If there is an intention to ameliorate the position of a group, it cannot be considered entirely rational to assist only a portion of that group. A more rationally connected means to the end would be to assist the entire group, as that is the very objective which is sought.

192 It is unfortunate that decades of endemic discrimination have resulted in little information being available regarding the numbers of same-sex households in Canada, let alone the numbers of same-sex households that would be eligible for the allowance. Estimates vary widely. The expert for the Crown, Mr. Melvin Hagglund, determined that the number of same-sex couples across Canada that would be entitled to the allowance is somewhere in the range of 15,000 to 30,000. However, upon cross-examination, he conceded that the 1986 Canadian census indicated that there were only 2,700 two-person households across Canada con-

rarement que l'objectif d'un régime de bénéfices est inconstitutionnel». La loi satisfait donc au premier élément du critère énoncé dans *Oakes*.

b) *Le deuxième élément du critère énoncé dans Oakes: La proportionnalité*

À mon sens, du fait qu'elle est trop limitative, la Loi ne crée pas une limite raisonnable. Bien que l'objectif de la loi soit louable, sa mise en œuvre est discriminatoire puisqu'un groupe qui, lui aussi, satisfait aux critères établis par la loi s'en voit refuser les bénéfices sur le fondement d'une caractéristique personnelle non pertinente.

(i) La loi n'a pas de lien rationnel avec son objectif

Si la loi a pour objectif d'atténuer la pauvreté chez les «conjoints» âgés qui vivent ensemble, alors comment cet objectif peut-il être atteint autrement que partiellement si l'on nie à certains couples par ailleurs admissibles l'allocation de conjoint du seul fait d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle? Il n'existe simplement aucun lien rationnel entre l'exclusion de partenaires de même sexe et l'objectif de la lutte à la pauvreté chez les couples âgés. Si la loi cherche à améliorer la situation d'un groupe, on ne peut considérer la décision d'aider une partie seulement de ce groupe comme étant entièrement rationnelle. Une mesure consistant à assister l'ensemble du groupe serait un moyen plus rationnel d'arriver à cette fin, d'autant plus que c'est là l'objectif même que l'on cherche à atteindre.

Malheureusement, des décennies de discrimination endémique ont fait en sorte qu'il n'existe guère d'information sur le nombre de couples de même sexe au Canada, encore moins sur le nombre de couples de même sexe susceptibles d'avoir droit à l'allocation. Les chiffres varient considérablement. L'expert appelé par le ministère public, M. Melvin Hagglund, a indiqué que le nombre de couples de même sexe au Canada admissibles à l'allocation se situe entre 15 000 et 30 000. Il a cependant reconnu lors du contre-interrogatoire que le recensement effectué au Canada en 1986 indiquait qu'il n'y avait au Canada que 2 700

sisting of one person aged 60 to 64 and one person aged 65 or older where the individuals in the household were neither married nor common law spouses.

The respondent Crown submits the cost of such an extension of benefits constitutes grounds for upholding the s. 15 limitation. Mr. Hagglund has estimated the cost of including same-sex spousal cohabitants as ranging from \$12 million to \$37 million per annum (see Case on Appeal, at p. 123). This evidence is highly speculative and statistically weak and thus accordingly incorporates guesswork. For example, it is based on his generous estimates of the number of eligible same-sex couples and fails to take into account the fact that many of these households will be ineligible because they surpass the maximum income criteria. However, assuming *arguendo* that Mr. Hagglund's figures are valid, I find, as a question of law, that they do not justify the denial of the appellants' right to equality.

The jurisprudence of this Court reveals, as a general matter, a reluctance to accord much weight to financial considerations under a s. 1 analysis. In *Schachter, supra*, at p. 709, the Chief Justice noted that "[t]his Court has held, and rightly so, that budgetary considerations cannot be used to justify a violation under s. 1". This is certainly the case when the financial motivations are not, as in the case at bar, supported by more persuasive arguments as to why the infringement amounts to a reasonable limit.

Despite bearing the onus of proof, the respondent has not supplied evidence demonstrating why the patterns of economic interdependence among same-sex couples are sufficiently different from those in heterosexual relationships to indicate why excluding same-sex couples from the scheme would still enable the legislation to be rationally connected to its goal of mitigating poverty among elderly households. In fact, much of the evidence that exists attests to the fact that same-sex relation-

foyers formés d'une personne ayant entre 60 et 64 ans et d'une autre de 65 ans ou plus, où les personnes ne vivaient pas en union de fait ou n'étaient pas mariés.

Le ministère public intimé fait valoir que le coût d'une telle extension des bénéficiaires justifie le maintien de la restriction du droit garanti par l'art. 15. Monsieur Hagglund a estimé entre 12 et 37 millions de dollars le coût annuel de l'inclusion des couples de même sexe qui font vie commune (voir le dossier conjoint à la p. 123). Cette preuve n'est que pure hypothèse, faible sur le plan statistique et fait donc appel à des conjectures. Par exemple, elle est fondée sur des évaluations généreuses quant au nombre de couples de même sexe qui sont admissibles et ne tient pas compte du fait que bon nombre de ces couples n'auraient pas droit à l'allocation parce qu'ils ne satisfont pas à l'exigence relative au revenu maximum. Toutefois, si l'on tient pour acquis, aux fins de la discussion, que les chiffres soumis par M. Hagglund sont exacts, je conclus en droit qu'ils ne justifient pas que l'on viole le droit des appelants à l'égalité.

La jurisprudence de notre Cour témoigne dans l'ensemble d'une répugnance à accorder beaucoup de poids aux considérations financières dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier. Dans l'arrêt *Schachter*, précité, à la p. 709, le Juge en chef a indiqué que «[n]otre Cour a statué à juste titre que les considérations financières ne pouvaient servir à justifier une violation dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier». Cela vaut certainement lorsque, comme en l'espèce, les motivations financières sont appuyées d'arguments si peu convaincants quant à la raison pour laquelle la violation est une limite raisonnable.

Malgré le fardeau de la preuve qui lui incombe, l'intimée n'a produit aucun élément de preuve qui démontre que les modèles d'interdépendance économique au sein des couples de même sexe sont suffisamment différents de ceux qui caractérisent les couples hétérosexuels pour expliquer pourquoi l'exclusion des couples de même sexe du régime n'éliminerait pas le lien rationnel entre la loi et son objectif d'atténuer la pauvreté chez les couples âgés. En fait, la plus grande partie de la preuve

193

194

195

ships involve similar levels of economic dependence, mutual responsibilities and emotional commitment to heterosexual relationships. For example, in *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, *supra*, at p. 363, expert testimony was led that “there is a high degree of similarity between homosexual and heterosexual life partners and that they are much more the same in their attitudes, expectations, and values than [they] are different”.

produite confirme que les unions entre personnes de même sexe font appel à un même degré de dépendance économique, de responsabilités mutuelles et d’engagement affectif que les unions hétérosexuelles. Par exemple, dans *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)*, précité, à la p. 363, selon la preuve d’expert présentée, [TRADUCTION] «il existe de grandes similarités entre les partenaires de vie homosexuels et hétérosexuels, et ils sont beaucoup plus semblables dans leurs attitudes, leurs attentes et leurs valeurs qu’ils ne sont différents».

196 In *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at pp. 630-31, L’Heureux-Dubé J., in dissent, canvasses much of this expert and academic authority and agrees with the conclusion that it is in the nature of humankind to form family bonds, this desire not being dependent upon heterosexual orientation. She also approvingly refers to some comments made by the Human Rights Tribunal regarding Mr. Mossop’s discrimination claim, holding at p. 630 that “it is to be bound by myth to assume that only heterosexual couples are capable of forming loving caring stable relationships”.

Dans *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, aux pp. 630 et 631, le juge L’Heureux-Dubé, dissidente, examine minutieusement les propos des experts et des auteurs et fait sienne la conclusion suivant laquelle il est dans la nature humaine de former des liens familiaux, ce désir n’étant pas relié à l’orientation hétérosexuelle. Elle renvoie également avec approbation à certains commentaires exprimés par le Tribunal des droits de la personne sur la plainte de discrimination déposée par M. Mossop, concluant à la p. 630 que «c’est un mythe de croire que seuls les couples hétérosexuels peuvent établir des relations amoureuses stables».

197 I note that the simple fact that, in the case at bar, there is such a focus on the level of commitment in homosexual relationships is in and of itself indicative of the extent to which such couples suffer discrimination. The spousal allowance is provided to heterosexual couples regardless of the existence of a dependency pattern in their relationships while all same-sex couples, including all those sharing economic interdependence, are excluded. Whereas there is a presumption of interdependence in heterosexual relationships, there is a presumption against interdependence in same-sex relationships. The latter presumption is not only incorrect, but it is also the fruit of stigmatizing stereotype.

Le simple fait qu’en l’espèce on attache autant d’importance à la profondeur de l’engagement dans les unions entre personnes de même sexe est en soi un indice de la mesure dans laquelle ces couples sont victimes de discrimination. L’allocation de conjoint est offerte aux couples hétérosexuels indépendamment de l’existence d’une forme de dépendance dans leur union, alors que sont exclus tous les couples de même sexe, dont ceux qui partagent une interdépendance économique. On présume l’interdépendance dans les unions entre personnes de sexe opposé, alors qu’on présume le contraire à l’égard des unions entre personnes de même sexe. Cette dernière présomption est non seulement fausse, mais elle est le fruit d’un stéréotype qui a pour effet de stigmatiser ceux qu’elle vise.

198 Just as the law has come to acknowledge that differential treatment between married and common law spouses is constitutionally suspect, so too

Tout autant que le droit en est venu à reconnaître qu’une différence de traitement entre conjoints mariés et conjoints de fait est suspecte sur le plan

is differential treatment of relationships based on sexual orientation. In sum, the spousal allowance in its present form is not rationally connected to its legislative goals. A program which included the appellants would better achieve the intended goal while respecting the *Charter* rights of gays and lesbians. Moreover, the financial consequences thereof are certainly not by themselves sufficient to justify the discriminatory legislation.

(ii) There is No Minimal Impairment

The respondent suggests that the appellants' s. 15 rights are minimally impaired since Nesbit has received financial assistance through the provincial GAIN program enacted under the auspices of the *Guaranteed Available Income for Need Act*. This argument was raised earlier in terms of ascertaining whether there was in fact a discriminatory denial of a benefit, and Cory J. dismissed the argument. Similarly, I conclude that the denial of the appellants' s. 15 rights through the ineligibility for receipt of the spousal allowance is not minimally impaired by the fact that Nesbit had been receiving disability income assistance owing to a degenerative back condition which had precluded him from working.

In Egan and Nesbit's case, the receipt of the disability insurance has nothing to do with their status as a couple nor with their sexual orientation. The grant is simply designed to allay the hardship inflicted upon persons when they are no longer employable because of a disability. Further, whereas the spousal allowance flows from the federal treasury, the disability benefit is supplied by the British Columbia government. In my mind, the discriminatory effect of the legislation should not be considered to be a reasonable limit simply because the appellants' joint income would have roughly been the same because of Nesbit's receipt of provincial support supplementing his income for a completely unrelated reason. There is no evidence that the provincial GAIN legislation was even designed with the federal spousal allowance in mind. Nor is there any evidence that the aggre-

constitutionnel, il en est de même de la différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle. Bref, l'allocation de conjoint dans sa forme actuelle n'a pas de lien rationnel avec ses objectifs législatifs. Un programme intégrant les appelants serait mieux à même d'atteindre l'objectif visé tout en respectant les droits garantis par la *Charte* aux gais et lesbiennes. Par ailleurs, les conséquences économiques du programme ne sont certainement pas en soi suffisantes pour justifier la disposition législative discriminatoire.

(ii) L'atteinte n'est pas minimale

Selon l'intimée, il y a atteinte minimale aux droits garantis aux appelants par l'art. 15 puisque Nesbit a obtenu une aide financière par l'entremise du programme GAIN adopté sous les auspices de la *Guaranteed Available Income for Need Act*. Cet argument a été soulevé précédemment en vue de déterminer si le refus d'un bénéficiaire était en fait discriminatoire, et le juge Cory a écarté l'argument. Je conclus moi aussi qu'on ne peut invoquer le fait que Nesbit recevait une aide sous forme de prestations d'assurance-invalidité, en raison d'un problème dégénératif au dos qui l'avait empêché de travailler, pour soutenir que la violation des droits des appelants garantis par l'art. 15 engendrée par le refus de l'allocation de conjoint est une atteinte minimale.

Dans le cas d'Egan et de Nesbit, le droit à l'assurance-invalidité n'a rien à voir avec leur qualité de couple, ni avec leur orientation sexuelle. L'aide est simplement conçue pour alléger les difficultés que vivent les personnes qui ne sont plus aptes au travail en raison d'une invalidité. En outre, alors que l'allocation de conjoint provient de la caisse fédérale, la prestation pour invalidité est versée par le gouvernement de la Colombie-Britannique. À mon sens, l'effet discriminatoire de la loi ne devrait pas être considéré comme étant une limite raisonnable du seul fait que le revenu total des appelants aurait été à peu près le même parce que Nesbit recevait une aide provinciale de supplément du revenu pour une raison totalement étrangère. Il n'y a pas de preuve que la loi provinciale créant le programme GAIN ait même été conçue en tenant compte de l'allocation de conjoint fédérale. Il n'y a

gate intent of the legislatures was to have denial of the spousal allowance for same-sex couples offset by the disability assistance. As pointed out by Linden J.A., the objectives of the GAIN disability income supplement are simply not co-extensive with those of the spousal allowance; in fact the benefits paid out under GAIN are not “substantially similar” to benefits paid under the spouse’s allowance program. It cannot be said that the *Guaranteed Available Income for Need Act* either attempts to or succeeds in “filling the gap” created by the denial of the spouse’s allowance benefits to lesbian and gay partners.

pas non plus de preuve que les législatures avaient pour objectif commun de contrebalancer l’inadmissibilité des couples de même sexe à l’allocation de conjoint par l’aide apportée aux personnes souffrant d’une invalidité. Ainsi que l’a souligné le juge Linden de la Cour d’appel fédérale, les objectifs des prestations d’invalidité en supplément du revenu versées sous le régime du GAIN n’ont simplement pas la même portée que ceux de l’allocation de conjoint; en fait, les prestations versées sous le régime du GAIN ne sont pas «très semblables» aux prestations versées en application du programme d’allocation de conjoint. On ne saurait dire que la *Guaranteed Available Income for Need Act* cherche ou même réussit à «combler le vide» laissé par le refus d’octroyer les allocations de conjoint aux partenaires gais et lesbiennes.

201

If anything, as submitted by the Canadian Labour Congress, a recent series of modifications to provincial social assistance eligibility criteria is such that a large gap is being created in this supposedly co-extensive system. In many provinces, persons involved in same-sex cohabitations are no longer treated as “individuals” under social assistance legislation. However, the federal spousal allowance remains limited to opposite sex heterosexual couples. For the purposes of social assistance legislation such as GAIN, ss. 3(2) and 10 of the GAIN Regulations, B.C. Reg. 479/76, as amended, provide that the income of all “dependents” will be taken into account in determining eligibility for and the amount of assistance. “Dependents” include, as per s. 2(d), an individual who resides with another individual, sharing with that person income and household responsibilities associated with family living. This includes same-sex couples. Both the appellants and the respondent agreed, at the hearing of the appeal, as to the nature and timing (as of July 1992) of these changes in British Columbia. See also Sask. Reg. 78/66, as amended, under *The Saskatchewan Assistance Act*, R.S.S. 1978, c. S-8, as amended; N.B. Reg. 82-227, as amended, under the *Social Welfare Act*, R.S.N.B. 1973, c. S-11, as amended; Prince Edward Island *Welfare Assistance Act Regulations*,

Somme toute, comme le soutient le Congrès du travail du Canada, de récentes modifications aux critères d’admissibilité à l’aide sociale provinciale ont eu pour effet de former une grande brèche dans ce système qui a supposément la même portée. Dans beaucoup de provinces, les personnes qui vivent avec une personne de même sexe ne sont plus traitées comme des «particuliers» sous le régime de la loi sur l’aide sociale. En revanche, l’allocation de conjoint prévue par le gouvernement fédéral demeure limitée aux couples hétérosexuels. Aux fins d’une loi sur l’aide sociale comme GAIN, le par. 3(2) et l’art. 10 de son règlement d’application, B.C. Reg. 479/76, modifié, prévoient que le revenu de toutes les «personnes à charge» sera pris en compte pour déterminer l’admissibilité et le montant de l’aide fournie. Les «personnes à charge» comprennent, aux termes de l’al. 2d), la personne qui réside avec une autre personne et qui partage avec elle un revenu et des responsabilités liées à la vie familiale. Cela inclut les couples de même sexe. Les appelants et l’intimée se sont entendus, à l’audition du pourvoi, sur la nature et la date (juillet 1992) des modifications apportées en Colombie-Britannique. Voir également Sask. Reg. 78/66, modifié, pris sous le régime de la *Saskatchewan Assistance Act*, R.S.S. 1978, ch. S-8, modifiée; Règl. du N.-B. 82-227, modifié, pris sous le régime de la *Loi sur le bien-être social*, L.R.N.-B. 1973, ch. S-11, modifiée; les

EC746/84, under the *Welfare Assistance Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. W-3, as amended.

The following situation is created by all of this legislation: if Egan or Nesbit had been treated as dependents under GAIN (they were actually treated as single persons, since the dependent provision was not in force at the time Nesbit was between 60 and 64), they would have been economically worse off by being deprived of the spousal allowance. This is because Egan's income (i.e. old age pension) would be taken into account in determining Nesbit's eligibility for the GAIN payments. As a result, like a heterosexual spouse in the same position, Nesbit would not have received any GAIN payment but, unlike a heterosexual spouse, he would be deprived of the economic benefit of the spousal allowance. The Canadian Labour Congress also points out that, under s. 8 of the GAIN Regulations, an individual's assets could reduce entitlement to GAIN benefits in circumstances where the person, as long as she was involved in a heterosexual relationship, would still qualify for the spousal allowance. The co-extensive interrelationship of these pieces of legislation thus appears to be somewhat illusory. In my view, they are more disjointed than interconnected.

Furthermore, even if the provincial GAIN and the federal *Old Age Security Act* were part of the same overlapping legislative "scheme", this is not sufficient to ground a s. 1 justification. As held by La Forest J. in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, *supra*, at p. 42:

It is fair to take into account the possibility that a group deprived of benefits under one Act may be receiving equal, or even greater, benefits under another. . . . Still, I doubt whether the objective of fitting the Act within the government's particular legislative scheme of

Welfare Assistance Act Regulations, EC746/84, de l'Île-du-Prince-Édouard, pris sous le régime de la *Welfare Assistance Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. W-3, modifiée.

Toutes ces lois engendrent la situation suivante: si Egan ou Nesbit avaient été considérés comme étant une personne à charge sous le régime du GAIN (ils ont en fait été considérés comme étant des célibataires puisque la disposition relative aux personnes à charge n'était pas en vigueur à l'époque où Nesbit avait entre 60 et 64 ans), ils auraient été économiquement désavantagés du fait de leur inadmissibilité à l'allocation de conjoint. En effet, il serait tenu compte du revenu d'Egan (sa pension de sécurité de la vieillesse) pour déterminer l'admissibilité de Nesbit aux prestations versées sous le régime du GAIN. De ce fait, comme un conjoint hétérosexuel dans la même situation, Nesbit n'aurait reçu aucune prestation du GAIN mais, contrairement au conjoint hétérosexuel, il aurait été privé du bénéfice économique de l'allocation de conjoint. Le Congrès du travail du Canada souligne également qu'en application de l'art. 8 du Règlement d'application du GAIN, le droit aux bénéfices du GAIN d'une personne peut être réduit en fonction de ses avoirs dans des cas où pourvu qu'elle fasse partie d'une union hétérosexuelle, elle serait quand même admissible à l'allocation de conjoint. La portée commune de ces textes législatifs paraît donc être quelque peu illusoire. À mon avis, les programmes sont plus disjointés qu'ils sont liés.

En outre, même si le programme provincial GAIN et la *Loi (fédérale) sur la sécurité de la vieillesse* faisaient partie d'un «régime» législatif commun, il en faut davantage pour fonder une justification au regard de l'article premier. Ainsi que l'a conclu le juge La Forest dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, précité, à la p. 42:

Il est certes juste de tenir compte de la possibilité qu'un groupe privé de prestations en vertu d'une loi reçoive des prestations égales, ou même supérieures, en vertu d'une autre [. . .] Cependant, je ne suis pas certain que l'objectif d'harmoniser la loi avec le régime gouver-

202

203

social programs could, in itself, be sufficiently important to justify the infringement of a *Charter* right.

nemental de programmes sociaux puisse, en soi, suffire à justifier l'atteinte à un droit reconnu par la *Charte*.

204 In a manner similar to that noted by Cory J. in his reasons, I find myself uncomfortable with basing the constitutionality of federal legislation upon the actions of a provincial legislature over which Parliament has no control. The possibility arises that a federal initiative might be constitutional in certain provinces yet not in others. Such an approach undermines the effectiveness and uniformity of the *Charter*. Although there might be cases in which provincial legislation or law could be relied upon in preserving the constitutionality of federal legislation, this would only be in a situation where all of the provinces have specifically ensured that the discriminatory effect of federal legislation be eliminated through provincial enactments or law. Such is clearly not the situation in the case at bar.

Dans le même sens que ce qu'a signalé le juge Cory dans ses motifs, j'hésite à fonder la constitutionnalité d'une loi fédérale sur les actions d'un gouvernement provincial sur lesquelles le Parlement n'a aucune emprise. Il se peut qu'un programme fédéral soit constitutionnel dans certaines provinces tout en ne l'étant pas dans d'autres. Une telle démarche attaque l'efficacité et l'uniformité de la *Charte*. Si l'on peut parfois invoquer la législation ou le droit provincial pour maintenir la constitutionnalité d'une loi fédérale, cela ne peut se produire que lorsque toutes les provinces ont explicitement garanti que l'effet discriminatoire de la loi fédérale est éliminé par le droit ou des textes de lois provinciaux. Ce n'est manifestement pas le cas en l'espèce.

205 Furthermore, given the fact that the GAIN and spousal allowance programs are clearly not, in intent or by effect, co-extensive, the present case can be distinguished from the majority's comments in *Symes, supra*. In *Symes* (at p. 773), it was noted that, under a s. 1 analysis, it is important to consider the operation of the impugned legislation (i.e. the *Income Tax Act's* refusal to permit child-care expenses to be deducted as business expenses) in light of the operation of other governmental systems relating to child care. In the case at bar, the GAIN disability or other provincial social assistance legislation has no relation to the spousal allowance. There is no dovetailing, nor any incorporation by the impugned federal law of the provincial scheme or, for that matter, vice versa.

De plus, étant donné que le programme GAIN et le programme d'allocation de conjoint n'ont manifestement pas, ni dans l'intention, ni dans la pratique, la même portée, on peut distinguer la présente affaire des commentaires de la majorité dans l'arrêt *Symes*, précité. Dans cette affaire (à la p. 773), on a indiqué que, dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier, il est important de considérer l'application de la loi contestée (c'est-à-dire l'interdiction, prévue dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de déduire les frais de garde d'enfants comme dépenses d'entreprise) à la lumière de l'application d'autres régimes gouvernementaux liés à la garde d'enfants. En l'espèce, l'aide apportée en matière d'invalidité sous le régime du GAIN ou d'autres lois provinciales relatives à l'aide sociale n'a aucun lien avec l'allocation de conjoint. Le régime provincial ne se rattache pas à la loi fédérale contestée et n'y est pas incorporé et, quant à cela, l'inverse est également vrai.

206 At this point, it is important to emphasize that, although the appellants may have financially benefited from governmental generosity because of Nesbit's unfortunate health situation, not all same-sex couples discriminatorily denied the spousal allowance are in a similar position. As between a heterosexual and homosexual couple without any

À ce stade-ci, il importe de souligner que, bien que les appelants aient pu financièrement bénéficier de la générosité gouvernementale en raison du mauvais état de santé de Nesbit, les couples de même sexe auxquels, de façon discriminatoire, est niée l'allocation de conjoint, ne sont pas tous dans une situation semblable. Si on prend le couple

other governmental assistance sufficient to increase their incomes past the eligibility criteria of the spousal allowance, the homosexual couple, based on the irrelevancy of their sexual orientation, would be denied the benefit the heterosexual couple would receive. It is important to keep this broader perspective in mind.

In conclusion, I repeat the following passage from the judgment of Martin J. at trial (at p. 698):

Either the [appellants] are entitled to claim the spouse's allowance or they are not. The fact that the [appellants] have claimed under a provincial social assistance plan and have received payments in excess of those which they would have received under the federal spouse's allowance had they been treated as spouses under that latter program is not relevant to the question of their entitlement.

The fact that Nesbit may by default claim support because of a physical disability is not a reasonable alternative minimizing the infringement of the appellants' s. 15 rights.

(iii) The Attainment of the Legislative Goal Is Not Outweighed by the Abridgement of the Right

The importance of providing relief to some elderly couples does not justify an infringement of the equality rights of the elderly couples who do not benefit for constitutionally irrelevant reasons. I echo the finding of Linden J.A. in dissent in the court below (at p. 449):

The effect of section 2 of the *Old Age Security Act* is to deny equal benefit of the law to gay and lesbian partners by denying them spouse's allowance benefits completely. This is not an instance in which a Charter right is marginally affected. The violation in this case is clear and direct. And, as important as providing these benefits to heterosexual partners may be, the denial of those benefits to gay and lesbian partners can be no less significant. Thus, the effects of the measure on the right

hétérosexuel et le couple homosexuel ne recevant aucune autre aide gouvernementale permettant d'accroître ses revenus au-delà du montant qui forme le critère d'admissibilité à l'allocation de conjoint, le couple homosexuel se verrait refuser le bénéfice accordé au couple hétérosexuel pour le motif non pertinent de son orientation sexuelle. Il est important de ne pas perdre de vue cette perspective d'ensemble.

Pour conclure, je reprends le passage suivant des motifs du juge Martin au procès (à la p. 698):

Ou les [appelants] sont fondés à réclamer l'allocation de conjoint ou ils ne le sont pas. Que les [appelants] se soient prévalus du régime provincial d'assistance sociale et qu'ils aient reçu des prestations supérieures à celles qu'ils auraient touchées au titre de l'allocation de conjoint s'ils avaient été considérés comme «conjoints» au regard de ce régime n'a rien à voir avec la question de leur droit en la matière.

Le fait que Nesbit puisse par défaut se prévaloir d'un régime d'assistance en raison d'une incapacité physique ne constitue pas une solution de rechange raisonnable qui minimise l'atteinte aux droits garantis aux appelants par l'art. 15.

(iii) L'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif

L'importance de fournir une assistance à certains couples âgés ne justifie pas la violation des droits à l'égalité des couples âgés qui ne bénéficieraient pas de cette aide pour des raisons constitutionnelles non pertinentes. Je fais miens les propos du juge Linden, dissident en Cour d'appel (à la p. 449):

L'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* a pour effet de dénier le même bénéfice de la loi aux membres d'unions de gais ou de lesbiennes en leur refusant complètement l'allocation de conjoint. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où un droit garanti par la Charte n'est que marginalement affecté. La violation est claire et directe en l'espèce. Et, aussi important que soit l'octroi de l'allocation aux membres d'unions hétérosexuelles, le refus d'accorder la même allocation aux membres d'unions de gais ou de lesbiennes n'en est pas moins important. Ainsi donc, les effets de la mesure

207

208

209

to receive benefits are not proportional to the objective of the legislation.

210 The only way that, at a conceptual level, this aspect of the *Oakes* test might be satisfied in the appeal at bar is if the purpose of the legislation would be construed as ameliorating the situation and fostering the existence of elderly heterosexual couples only. Neither the appellants nor the respondent suggest that this amounts to the purpose of the legislation. The interveners Equality for Gays and Lesbians Everywhere (EGALE), however, do offer such a suggestion. It is clear that, were this to be the goal of the legislation, such a goal would itself be discriminatory. The law in this area is unequivocal: a constitutionally impermissible purpose will not save a law under s. 1 of the *Charter: R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. Such a goal simply cannot be construed as pressing or substantial.

211 On a broader note, it eludes me how according same-sex couples the benefits flowing to opposite-sex couples in any way inhibits, dissuades or impedes the formation of heterosexual unions. Where is the threat? In the absence of such a threat, the denial of the s. 15 rights of same-sex couples is anything but proportional to the policy objective of fostering heterosexual relationships. In dissenting reasons in *Mossop, supra*, at p. 634, L'Heureux-Dubé J. made the following observation, which I believe to be on point:

It is possible to be pro-family without rejecting less traditional family forms. It is not anti-family to support protection for non-traditional families. The traditional family is not the only family form, and non-traditional family forms may equally advance true family values.

See also Nitya Duclos, "An Argument for Legal Recognition of Same Sex Marriage", in Carol Rogerson, *Family Law Cases and Materials 1991-92*, Faculty of Law, University of Toronto, vol. I, at p. 194; Margrit Eichler, *Families in Canada Today: Recent Changes and Their Policy Consequences* (2nd ed. 1988).

attaquée sur le droit de recevoir des prestations ne sont pas proportionnés à l'objectif de la loi.

Au niveau conceptuel, ce volet du critère formulé dans *Oakes* ne pourrait être respecté en l'espèce que si l'objectif de la loi était interprété de manière à améliorer la situation et à favoriser l'existence des couples hétérosexuels âgés seulement. Ni les appelants ni l'intimée n'affirment qu'il s'agit là de l'objectif de la loi. C'est toutefois ce que l'intervenant Égalité pour les gais et les lesbiennes (EGALE) soutient. Il est évident que, si c'était là l'objectif de la loi, il serait en lui-même discriminatoire. Le droit en cette matière est sans équivoque: l'objectif inconstitutionnel ne pourra pas sauvegarder une loi au regard de l'article premier de la *Charte: R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. On ne peut tout simplement pas considérer un tel objectif comme se rapportant à des préoccupations urgentes ou réelles.

Plus généralement, je n'arrive pas à comprendre comment l'octroi aux couples de même sexe de bénéfiques auxquels ont droit les couples de sexe opposé gêne, dissuade ou empêche de quelque façon la formation d'unions hétérosexuelles. Où se trouve la menace? En l'absence de pareille menace, la restriction des droits garantis par l'art. 15 aux couples de même sexe est tout, sauf proportionnelle à l'objectif de la politique qui consiste à protéger les unions hétérosexuelles. Dissidente dans l'arrêt *Mossop*, précité, le juge L'Heureux-Dubé a exprimé à la p. 634 l'opinion suivante, qui, à mon avis, est à propos:

On peut être en faveur de la famille sans rejeter pour autant les types de familles moins traditionnels. Ce n'est pas attaquer la famille que d'appuyer la protection des familles non traditionnelles. La famille traditionnelle n'est pas le seul type de famille, et les types de familles non traditionnels peuvent aussi véhiculer de véritables valeurs familiales.

Voir également Nitya Duclos, «An Argument for Legal Recognition of Same Sex Marriage», dans Carol Rogerson, *Family Law Cases and Materials 1991-92*, Faculté de droit, Université de Toronto, vol. I, à la p. 194; Margrit Eichler, *Families in Canada Today: Recent Changes and Their Policy Consequences* (2^e éd. 1988).

I also note, as does Cory J. in his reasons in the present case, that the issue before us is whether the *Charter* mandates that same-sex couples be accorded the benefit of the spousal allowance. Despite suggestions by the respondent and the interveners the Attorney General of Quebec and the Inter-Faith Coalition on Marriage and the Family, the facts of this case do not require us to explore whether same-sex couples ought to be constitutionally entitled to adopt children or get married, or whether benefits given to heterosexual families in recognition of having children violate the *Charter*. Nor do I have to consider whether other cohabitation arrangements (brother-sister, two friends, uncle-nephew) ought to be entitled to state benefits. These issues are not raised by this appeal. Should such claims arise in the future, they will be evaluated on their own merits, both in terms of s. 15 as well as s. 1 analysis.

Since preparing these reasons, I have read the reasons of my colleague, Justice Sopinka. I note that, although he finds the impugned statute to violate the appellants' equality rights, he finds this violation to be justifiable in a free and democratic society under s. 1. In reaching this conclusion, he relies heavily on select passages from this Court's judgment in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at pp. 317-19, *per* La Forest J. *McKinney* involved a s. 15 challenge launched by several professors to a university's mandatory retirement policy and a provision in the Ontario *Human Rights Code* which limited the protection of the *Code* in the area of employment to those under 65. These passages from *McKinney* may seem to support the extremely deferential approach to s. 1 adopted by Sopinka J. However, a close examination of the *McKinney* decision reveals that La Forest J.'s comments therein can be said to be limited to *Charter* review of provincial human rights legislation governing private relations only. At page 318 of *McKinney*, immediately before one

212
Je remarque également, comme le fait le juge Cory, qu'il s'agit en l'espèce de savoir si la *Charte* rend obligatoire l'octroi de l'allocation de conjoint aux couples de même sexe. En dépit des prétentions de l'intimée et des intervenants le procureur général du Québec et l'Inter-Faith Coalition on Marriage and the Family, les faits de la présente affaire ne nous obligent pas à déterminer si les couples de même sexe doivent avoir le droit constitutionnel d'adopter des enfants ou de se marier, ou si les bénéfices accordés aux familles hétérosexuelles en reconnaissance du fait qu'ils ont des enfants, viole la *Charte*. Je n'ai pas non plus à considérer si d'autres personnes vivant ensemble (un frère et sa sœur, deux amis, un oncle et son neveu) doivent pouvoir jouir des bénéfices offerts par l'État. Ces questions ne sont pas soulevées dans le présent pourvoi, et si elles se posaient dans l'avenir, elles seraient jugées selon leur mérite, dans le cadre tant de l'art. 15 que de l'analyse fondée sur l'article premier.

213
Depuis la rédaction de mes motifs, j'ai lu ceux de mon collègue le juge Sopinka. Je remarque que, bien qu'il conclue que la loi contestée viole les droits à l'égalité des appelants, il estime que, dans une société libre et démocratique, cette violation est justifiée au regard de l'article premier. Pour tirer cette conclusion, il s'appuie fortement sur certains passages des motifs du juge La Forest dans l'arrêt de notre Cour *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, aux pp. 317 à 319. Dans cette affaire, des professeurs ont invoqué l'art. 15 pour contester la politique de retraite obligatoire alors en vigueur à l'université et une disposition du *Code des droits de la personne* de l'Ontario qui restreignait la protection du *Code* dans le domaine de l'emploi aux personnes âgées de moins de 65 ans. Ces passages de l'arrêt *McKinney* peuvent sembler justifier la retenue extrême dont le juge Sopinka fait preuve à l'égard de l'article premier. Toutefois, un examen attentif de *McKinney* révèle que les commentaires du juge La Forest dans cette affaire s'appliquent uniquement à l'examen fondé sur la *Charte* de lois provinciales sur les droits de la personne qui régissent des rapports à caractère privé seulement. À la page 318 de l'arrêt *McKinney*, immédiatement avant l'un des

of the passages cited by Sopinka J., the following appears:

The *Charter*, we saw earlier, was expressly framed so as not to apply to private conduct. It left the task of regulating and advancing the cause of human rights in the private sector to the legislative branch. This invites a measure of deference for legislative choice. As counsel for the Attorney General for Saskatchewan colourfully put it, this “should lead us to ensure that the Charter doesn’t do through the back door what it clearly can’t do through the front door”.

passages qu’a cités le juge Sopinka, le juge La Forest écrit:

Nous avons vu déjà que la *Charte* a été expressément conçue de façon à ne pas s’appliquer aux actions privées. Elle remet entre les mains du pouvoir législatif la tâche de réglementer et de promouvoir la cause des droits de la personne dans le secteur privé. Cela incite à faire preuve d’une certaine retenue à l’égard du choix du législateur. Comme le substitut du procureur général de la Saskatchewan l’a dit, [TRADUCTION] «cela devrait nous inciter à veiller à ce que la Charte ne fasse indirectement ce qui lui est clairement interdit de faire directement».

214 Furthermore, I find that the context of *McKinney* is wholly distinguishable from the present appeal. This appeal involves a closely held personal characteristic (potentially only shared by a minority) upon which a distinction is drawn without the array of competing interests that animated the s. 1 analysis in *McKinney*. The only competing interest in the case at bar is budgetary in nature. The abolition of a mandatory retirement age, on the other hand, affects many factors, including: the entire composition of the workforce; the ability of younger people to secure jobs; access to university resources; promotion of academic freedom, excellence and renewal; collective bargaining rights; and the structure of pension plans.

Par ailleurs, le contexte de l’arrêt *McKinney* est, à mon avis, complètement différent du présent pourvoi. En l’espèce, il est question d’une caractéristique des plus personnelle (susceptible de n’être partagée que par une minorité) sur le fondement de laquelle est établie une distinction, sans les nombreux intérêts opposés qui, dans *McKinney*, ont dû être considérés dans l’analyse fondée sur l’article premier. Le seul intérêt opposé dans l’affaire qui nous occupe est de nature budgétaire, alors que l’abolition de l’âge de la retraite obligatoire a des répercussions sur de nombreux facteurs, notamment, toute la composition de la main-d’œuvre, la capacité des jeunes d’obtenir un emploi, l’accès aux ressources universitaires, la promotion de la liberté académique, l’excellence et le renouvellement, la négociation collective des droits et la structure des régimes de pension.

215 However, what causes me greater concern is my colleague’s position that, because the prohibition of discrimination against gays and lesbians is “of recent origin” and “generally regarded as a novel concept” (p. 576), the government can be justified in discriminatorily denying same-sex couples a benefit enuring to opposite-sex couples. Another argument he raises is that the government can justify discriminatory legislation because of the possibility that it can take an incremental approach in providing state benefits.

Je suis cependant davantage préoccupé par la position de mon collègue, qui soutient que, parce que l’interdiction de discrimination à l’égard des gais et lesbiennes est «récente» et «est encore perçue en général comme un concept nouveau» (p. 576), le gouvernement est justifié de nier de façon discriminatoire aux couples de même sexe un bénéfice qu’il accorde aux couples de sexe opposé. Il fait également valoir que le gouvernement peut justifier une loi discriminatoire en raison de son pouvoir d’accorder des bénéfices de façon progressive.

216 With respect, I find both of these approaches to be undesirable. Permitting discrimination to be justified on account of the “novelty” of its prohibi-

En toute déférence, ces deux arguments ne sauraient être retenus. Permettre que la discrimination soit justifiée du fait de la «nouveau» de son inter-

tion or on account of the need for governmental “incrementalism” introduces two unprecedented and potentially undefinable criteria into s. 1 analysis. It also permits s. 1 to be used in an unduly deferential manner well beyond anything found in the prior jurisprudence of this Court. The very real possibility emerges that the government will always be able to uphold legislation that selectively and discriminatorily allocates resources. This would undercut the values of the *Charter* and belittle its purpose. I also find that many of the concerns raised by Sopinka J. — such as according the legislature some time to amend discriminatory legislation — ought to inform the remedy, and should not serve to uphold or legitimize discriminatory conduct: *Schachter, supra*.

Remedy

Having found s. 2 of the *Old Age Security Act* to be unconstitutional, I now turn to the issue of remedy under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. The decision of this Court in *Schachter, supra*, leaves the Court with several options: (1) the Court may strike down the legislation, thereby scuttling the spousal allowance; or (2) the Court may strike down yet suspend that declaration for a specific period of time so that the government may enact a constitutionally legitimate spousal allowance program; or (3) given the discretion to intervene only “to the extent of the inconsistency”, the Court may “read in” or “read out/read down” the impugned legislation, either immediately or under a suspensive declaration.

The appellants request a remedy akin to the third option above. They pray this Court to:

declar[e] that for the purpose of section 2 of the *Act* the definition of “spouse” should be read down by deleting the words “of the opposite sex” and reading in the words “or as an analogous relationship” after the words

diction ou de la nécessité pour le gouvernement d’agir «progressivement» introduit dans l’analyse relative à l’article premier deux critères sans précédent qui risquent d’être impossibles à circonscrire. En outre, cela permet de faire preuve à l’égard de l’article premier d’une retenue excessive qui va bien au-delà de ce que l’on peut constater dans la jurisprudence de notre Cour. Il en découle le risque très réel que le gouvernement soit toujours en mesure de maintenir une loi qui prévoit une allocation sélective et discriminatoire des ressources, ce qui aurait pour effet de miner les valeurs de la *Charte* et son objectif. J’estime également que nombre des considérations exprimées par le juge Sopinka — comme le fait d’accorder à la législature le temps de modifier ses lois discriminatoires — doivent inspirer la réparation sans permettre qu’un comportement discriminatoire soit maintenu ou légitimé: *Schachter, précité*.

Réparation

Puisque l’art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* est à mon avis inconstitutionnel, je dois maintenant me pencher sur la réparation qui convient en application de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La décision de notre Cour dans *Schachter, précité*, ouvre la porte à plusieurs options: (1) la Cour peut annuler la loi, en mettant ainsi fin à l’allocation de conjoint; (2) elle peut annuler la loi et suspendre temporairement l’effet de la déclaration d’invalidité afin que le gouvernement puisse adopter un programme d’allocation de conjoint constitutionnel; (3) étant donné son pouvoir discrétionnaire de n’intervenir que relativement aux «dispositions incompatibles», la Cour peut appliquer à la loi contestée les techniques d’«interprétation large» ou d’«interprétation atténuée» soit immédiatement, soit dans le cadre d’une suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité.

Les appelants demandent une réparation qui s’apparente à la troisième option. Ils demandent à notre Cour de rendre une ordonnance:

[TRADUCTION] déclarant qu’aux fins de l’article 2 de la *Loi*, la définition de «conjoint» se lise comme si les mots «de sexe opposé» étaient supprimés et les mots «ou comme étant dans une union analogue» étaient

“if the two persons publicly represent themselves as husband and wife”;

ajoutés après le membre de phrase «pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme»;

219 The reading out of the “opposite sex” requirement would ensure that same-sex couples are entitled to benefit from the legislation and reading in “or as an analogous relationship” means they can demonstrate their eligibility without having to misrepresent their relationship as being “of husband and wife”.

La suppression de l'exigence relative au «sexe opposé» permettrait que les couples de même sexe aient droit au bénéfice de la loi, et l'ajout des mots «ou comme étant dans une union analogue» leur permettrait de démontrer leur admissibilité sans avoir à faire de fausses déclarations quant à leur union en se disant «mari et femme».

220 Although the appellants' request is ambitious, I would grant it. The only proviso is that the remedy be temporarily suspended for one year so that Parliament can itself attend to ensuring that the spousal allowance be distributed to same-sex couples. Should Parliament not do so in a constitutionally satisfactory manner within this time frame, the appellants' construction of s. 2 shall be read into the Act. The granting of the appellants' request for remedy is consonant with the principles of “reading in” developed by this Court in *Schachter*.

Bien que la demande des appelants soit ambitieuse, je suis d'avis d'y faire droit. La seule réserve tient en ce que l'effet de la réparation soit suspendu pendant un an afin que le législateur puisse lui-même voir à ce que l'allocation de conjoint soit accordée aux couples de même sexe. Si le législateur ne le fait pas d'une manière satisfaisante sur le plan constitutionnel dans ce délai, l'interprétation de l'art. 2 avancée par les appelants sera intégrée à la Loi. La réponse favorable à la demande de réparation des appelants est conforme aux principes d'«interprétation large» élaborés par notre Cour dans *Schachter*.

221 In *Schachter*, Lamer C.J. noted that the first step in choosing a remedial course under s. 52 is to define the extent of the inconsistency which must be struck down. In the case at bar, I am faced with a situation where the purpose of the legislation is valid. Its inability to pass constitutional muster stems from the fact that it is underinclusive, and this underinclusiveness emanates from an exclusionary distinction based on the irrelevant ground of sexual orientation.

Dans cet arrêt, le juge en chef Lamer a fait remarquer que, pour déterminer une mesure de réparation sous le régime de l'art. 52, la première étape consiste à circonscrire l'étendue de l'incompatibilité qui doit être éliminée. En l'espèce, l'objectif de la loi est valide. Son échec au test constitutionnel est dû au fait qu'elle est trop limitative, et cette trop grande limitation est le résultat d'une distinction qui a pour effet d'exclure certaines personnes sur le fondement non pertinent de leur orientation sexuelle.

222 Having isolated the nub of the constitutional inconsistency, I must determine whether it is appropriate to apply the “reading in” approach. Totally invalidating the spousal allowance simply because it is underinclusive legislation would make little sense. In fact, to borrow the Chief Justice's language from *Schachter*, it would be “absurd” (p. 721), nothing short of “equality with a vengeance” (p. 702). Instead, this appears to be a case in which the offending portion of the statute (the “opposite-sex requirement”) can be defined in

Ayant cerné le nœud de l'incompatibilité constitutionnelle, je dois déterminer s'il convient d'appliquer la méthode de l'«interprétation large». Invalider entièrement l'allocation de conjoint simplement parce que la loi est trop limitative ne serait guère logique. En fait, pour emprunter les termes du Juge en chef dans *Schachter*, ce serait «absurde» (p. 721), et il s'agirait de rien de moins qu'une «égalité avec vengeance» (p. 702). Il paraît plutôt s'agir en l'espèce d'un cas où la partie fautive de la loi (l'«exigence relative au sexe

a limited manner and, consequently, it is consistent with legal principles to declare inoperative only that limited portion. After all, as noted by the Chief Justice at p. 721 of the *Schachter* decision:

Cases involving positive rights [i.e. the conferral of benefits] are more likely to fall into the remedial classification of reading down/reading in. . . .

Upon closer perusal of the criteria established by *Schachter*, it becomes apparent that there is no reason to deny the appellants' request to both read in and read out:

- (i) There is "remedial precision" in so far as the insertion of a handful of words can ensure the validity of the legislation and remedy the constitutional wrong.
- (ii) Reading same-sex couples into the statutory definition would not trench upon the goal of the spousal allowance nor interfere with the legislative objective; in fact, it would better promote the attainment of this goal.
- (iii) There would be no deleterious effect whatsoever on the thrust of the legislation; in other words, heterosexual couples would still acquire the same benefits in the same way that they had before the reading in. Thus, it can be concluded that Parliament, if faced with the choice of not having a spousal allowance program or one that extends to same-sex couples, would have chosen the latter. The legislation has not been changed so markedly that it cannot be assumed that the legislature would not have enacted it. On this point, Linden J.A. noted in the court below that old age security and the spousal allowance were significant and durable aspects of Canadian society. According to the *Schachter* test, such a finding strengthens the assumption that the legislation would have been enacted without the impermissible omission (at p. 712).
- (iv) I would dispel the concerns regarding the budgetary considerations that may arise by

opposé») peut être isolée, si bien qu'il est permis, suivant les principes juridiques, de déclarer inopérante cette seule partie. Après tout, comme l'a fait remarquer le Juge en chef à la p. 721 de *Schachter*:

La violation de droits positifs [c'est-à-dire l'octroi de bénéfiques] donnera plus probablement lieu aux mesures correctives de l'interprétation atténuée ou large . . .

Si on examine de plus près les critères formulés dans *Schachter*, on peut se rendre compte qu'il n'y a pas de raison de rejeter la demande des appelants de recourir à l'interprétation atténuée et à l'interprétation large:

- (i) La mesure corrective est précise dans la mesure où l'insertion d'une poignée de mots peut garantir la validité de la loi et remédier au tort constitutionnel.
- (ii) Ajouter les couples de même sexe dans la définition législative n'empiéterait pas sur l'objectif de l'allocation de conjoint ni ne porterait atteinte à l'objectif législatif; en fait, cela contribuerait davantage à réaliser cet objectif.
- (iii) Il n'y aurait aucun effet préjudiciable sur la vocation de la loi; en d'autres termes, les couples hétérosexuels obtiendraient encore les mêmes bénéfiques de la même façon qu'ils les obtenaient avant l'ajout des mots. Aussi peut-on conclure que, s'il avait eu à choisir de n'avoir aucun programme d'allocation de conjoint ou d'en avoir un qui s'étende aux couples de même sexe, le législateur aurait opté pour cette dernière solution. La loi n'a pas été modifiée de façon si importante que l'on ne puisse présumer que le législateur ne l'aurait pas adoptée. À cet égard, le juge Linden de la Cour d'appel fédérale a indiqué que la sécurité de la vieillesse et l'allocation de conjoint étaient des éléments importants et durables de la société canadienne. Suivant le critère établi dans *Schachter*, pareille conclusion renforce l'hypothèse que la loi aurait été adoptée sans l'omission inacceptable (à la p. 712).
- (iv) J'écarterais les préoccupations relatives aux considérations économiques que peut susciter

“reading in” in the instant case by affirming the reasons of Linden J.A. (at p. 454):

The evidence submitted to the Court regarding the cost of extending benefits to eligible gay and lesbian partners was equivocal at best. Information about the number of interdependent gay and lesbian relationships and the financial circumstances of those relationships is lacking. There is, however, enough information to allow us to conclude that extending benefits to eligible lesbian and gay partners would not involve a significant intrusion into Parliament’s budgetary decision-making.

l’interprétation large en l’espèce en confirmant les motifs du juge Linden (à la p. 454):

Les preuves et témoignages produits au sujet du coût de l’extension des prestations aux membres d’unions de gais et de lesbiennes étaient, au mieux, équivoques. On manque d’information sur le nombre des unions interdépendantes de gais et de lesbiennes, ainsi que sur leur situation financière. Il y a cependant suffisamment d’informations pour nous permettre de conclure qu’étendre le bénéfice de l’allocation aux membres d’unions de lesbiennes ou de gais ne signifierait pas un empiétement notable sur le pouvoir de décision financière du Parlement.

224

On a final note, I am buttressed in my conclusion by the fact that the “reading in” approach has already been used in Canada to remedy underinclusive opposite-sex definitions of “spouse” in benefit-conferring legislation. In *Knodel, supra*, Rowles J. (as she then was) was faced with a remedial question identical to that before us (involving the underinclusiveness of s. 2.01 of the *Medical Services Act Regulations*, B.C. Reg 144/68, as amended). She elected not to strike down under s. 52(1). Her remedy was to use s. 52(1) to insert same-sex couples into the statutory definition. It is also interesting to note that in *Haig v. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245 (Gen. Div.), aff’d (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.), and *Vriend v. Alberta, supra*, courts read “sexual orientation” into human rights legislation. In fact, in *Haig* the Ontario Court of Appeal remarked (at p. 508) that it was

Enfin, ma conclusion est confortée par le fait que la méthode d’«interprétation large» a déjà été utilisée au Canada pour corriger, dans des lois conférant des bénéfices, des définitions de «conjoint» qui se limitaient au sexe opposé. Dans *Knodel*, précité, le juge Rowles (maintenant juge de la Cour d’appel) était saisie d’une demande de réparation identique à celle qui nous est soumise (mettant en cause la nature limitative de l’art. 2.01 de la *Medical Services Act Regulations*, B.C. Reg. 144/68, modifiée). Elle a choisi de ne pas annuler la disposition en application du par. 52(1). Elle a plutôt utilisé cette disposition pour inclure les couples de même sexe dans la définition législative. Il est également intéressant de remarquer que, dans *Haig c. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245 (Div. gén.), conf. par (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.), et *Vriend c. Alberta*, précité, les tribunaux ont ajouté «orientation sexuelle» dans les lois relatives aux droits de la personne. En fait, dans *Haig*, la Cour d’appel de l’Ontario a signalé qu’il était (à la p. 508):

inconceivable . . . that Parliament would have preferred no human rights Act over one that included sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. To believe otherwise would be a gratuitous insult to Parliament.

[TRADUCTION] . . . inconcevable que le législateur aurait préféré qu’il n’y ait pas de loi sur les droits de la personne plutôt que d’en avoir une qui ajoute l’orientation sexuelle à la liste des motifs de discrimination illicites. Conclure autrement serait un affront gratuit au législateur.

225

Given this judicial authority, I do not hesitate to follow Rowles J.’s approach to read same-sex couples into a statutory definition according benefits to spouses. Nor did Lamer C.J. in *Schachter* hesitate to look approvingly upon the *Knodel* decision, as is demonstrated from the following pas-

Compte tenu de cette jurisprudence, je n’hésite pas à suivre la solution du juge Rowles et d’ajouter les couples de même sexe à la définition législative qui accorde des bénéfices aux conjoints. Le juge en chef Lamer n’a pas hésité non plus dans *Schachter*, précité, à approuver la décision rendue

sage, which is directly applicable to the case at bar, at pp. 711-12:

In cases where the issue is whether to extend benefits to a group not included in the statute, the question of the change in significance of the remaining portion sometimes focuses on the relative size of the two relevant groups. For instance, in *Knodel, supra*, Rowles J. extended the provision of benefits to spouses to include same-sex spouses. She considered this course to be far less intrusive to the intention of the legislature than striking down the benefits to heterosexual spouses since the group to be added was much smaller than the group already benefitted (at p. 391):

In the present case, it would clearly be far more intrusive to strike the legislation and deny the benefits to the individuals receiving them than it would be to extend the benefits to the small minority who demonstrated their entitlement to them.

...

Where the group to be added is smaller than the group originally benefitted, this is an indication that the assumption that the legislature would have enacted the benefit in any case is a sound one.

The grant of the one-year suspension flows from the fact that the extension of the spousal allowance, while certainly a legal issue, is also a concern of public policy. In this respect, some latitude ought to be given to Parliament to address the issue and devise its own approach to ensuring that the spousal allowance be distributed in a manner that conforms with the equality guarantees of the *Charter*. I am particularly concerned by the fact that, as mentioned in the earlier discussion regarding the GAIN legislation, the clash between federal and provincial approaches to same-sex eligibility for programs can result (and presently results) in many gay and lesbian households "falling through the cracks". Making incremental changes to the allocation of benefits to same-sex spouses without any effort at co-ordinating the responses of all governments to these changes can result in the

dans *Knodel*, comme en fait foi le passage suivant, qui s'applique directement à l'espèce (aux pp. 711 et 712):

Lorsqu'il s'agit de savoir si l'on doit accorder des bénéfices à un groupe non inclus dans la loi, la question du changement de sens du reste de la loi tourne parfois autour de la taille relative des deux groupes pertinents. Par exemple, dans l'arrêt *Knodel*, précité, le juge Rowles a élargi la prestation de bénéfices aux conjoints pour inclure les conjoints du même sexe. À son avis, cette mesure empiétait moins sur l'intention législative que l'annulation des bénéfices accordés aux conjoints hétérosexuels puisque le groupe à ajouter était beaucoup moins important que le groupe existant de bénéficiaires (à la p. 391):

[TRADUCTION] En l'espèce, annuler la loi et refuser les prestations aux personnes qui les reçoivent déjà constituerait un empiètement beaucoup plus important qu'octroyer ces bénéfices à la faible minorité de personnes qui ont établi qu'elles y avaient droit.

...

Si le groupe à ajouter est numériquement moins important que le groupe initial de bénéficiaires, c'est une indication que la supposition que le législateur aurait de toute façon adopté le bénéfice est fondée.

La suspension d'un an est nécessaire parce que, s'il pose certainement une question juridique, l'élargissement de la portée de l'allocation de conjoint est également une question d'intérêt public. À cet égard, il y a lieu de laisser au législateur une certaine latitude afin qu'il se penche sur la question et conçoive sa propre méthode pour permettre que l'allocation de conjoint soit distribuée d'une manière compatible avec les droits à l'égalité garantis par la *Charte*. Je suis particulièrement préoccupé par le fait que, comme on l'a mentionné dans l'analyse précédente sur la loi relative au GAIN, la discordance des positions fédérale et provinciale quant à l'admissibilité des couples de même sexe aux programmes puisse faire en sorte (et fait effectivement en sorte) que de nombreux couples de gais ou de lesbiennes ne sont couverts par aucun régime. Ouvrir l'allocation de bénéfices aux conjoints de même sexe en l'absence de tout effort pour concerter la réponse de tous les gouvernements à ces changements peut engendrer la

very real possibility of economic loss befalling such couples.

227

To this end, according to the federal government a one-year period in which to amend the legislation will give both levels of government time to coordinate and harmonize their approaches to same-sex benefits, bearing in mind the reality that distinctions based on sexual orientation run the very real risk of offending the *Charter*. This "grace period" can ensure that a consistent approach to same-sex benefits be developed. However, in specifying this outer limit to the suspensive declaration, I draw once again from the words of the Chief Justice in *Schachter*, at p. 716:

A delayed declaration is a serious matter from the point of view of the enforcement of the *Charter*. A delayed declaration allows a state of affairs which has been found to violate standards embodied in the *Charter* to persist for a time despite the violation. There may be good pragmatic reasons to allow this in particular cases. However, reading in is much preferable where it is appropriate, since it immediately reconciles the legislation in question with the requirements of the *Charter*.

228

The appellants also seek an individual remedy, namely the retroactive receipt of the spousal allowance. I would not grant this relief. Under the circumstances, the appropriate remedy is to grant the suspensive declaration as outlined above.

Conclusions and Disposition

229

For the reasons set out by Cory J., I find that the exclusion of same-sex couples from eligibility for the spousal allowance amounts to a violation of s. 15 of the *Charter* because the denial of the benefit is rooted in an irrelevant distinction based upon sexual orientation, which is an analogous ground of discrimination. Further, for the reasons outlined above, the impugned legislation is not saved under s. 1 of the *Charter*. I would allow the appeal and

possibilité très réelle que ces couples subissent une perte économique.

À cette fin, le délai d'un an accordé au gouvernement fédéral pour modifier la loi laissera aux deux paliers de gouvernement le temps de coordonner et d'harmoniser leurs positions quant aux bénéfices accordés aux couples de même sexe, tout en ayant à l'esprit le fait que les distinctions fondées sur l'orientation sexuelle risquent fort de porter atteinte à la *Charte*. Ce «délai de grâce» permettra l'élaboration d'une politique uniforme relativement aux bénéfices accordés aux couples de même sexe. Toutefois, en assortissant la déclaration suspensive de ce délai, je m'inspire encore une fois des propos du Juge en chef dans *Schachter*, à la p. 716:

Une suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité est une question sérieuse du point de vue de l'application de la *Charte*, car on se trouve alors à permettre que se perpétue pendant un certain temps une situation qui a été jugée contraire aux principes consacrés dans la *Charte*. Il peut exister de bonnes raisons pragmatiques d'autoriser cet état de choses dans des cas particuliers. Toutefois, l'interprétation large est de beaucoup préférable dans les cas appropriés puisqu'elle permet d'harmoniser immédiatement la loi en question avec les exigences de la *Charte*.

Les appelants demandent également une réparation individuelle, soit le versement rétroactif de l'allocation de conjoint. Je suis d'avis de refuser cette demande. Dans les circonstances, la réparation qui convient est de suspendre l'effet de la déclaration comme je l'ai exposé précédemment.

Conclusions et dispositif

Pour les motifs formulés par le juge Cory, je conclus que l'exclusion des couples de même sexe de l'admissibilité à l'allocation de conjoint viole l'art. 15 de la *Charte*, puisque la négation du bénéfice est fondée sur une distinction non pertinente elle-même fondée sur l'orientation sexuelle, qui constitue un motif analogue de discrimination. En outre, pour les motifs déjà énoncés, la loi contestée n'est pas sauvegardée aux termes de l'article pre-

set aside the judgment of the Federal Court of Appeal with costs throughout.

I would thus answer the constitutional questions as follows:

Question 1: Does the definition of “spouse” in s. 2 of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, infringe or deny s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

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

Answer: No.

One year from now, barring Parliamentary activity to ensure the constitutionality of s. 2 of the *Old Age Security Act*, the following definition of the term “spouse” will be inserted into the legislation by this Court:

“spouse”, in relation to any person, includes a person who is living with that person, having lived with that person for at least one year, if the two persons have publicly represented themselves as husband and wife or as in an analogous relationship.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — I am in substantial agreement with the reasons of Justices Cory and Iacobucci. Applying the principles which I discuss in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418. I would allow the appeal.

Appeal dismissed, L’HEUREUX-DUBÉ, CORY, MCLACHLIN and IACOBUCCI JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Arvay Finlay, Victoria.

mier de la *Charte*. Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et d’infirmier l’arrêt de la Cour d’appel fédérale avec dépens dans toutes les cours.

Je suis d’avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

Question 1: La définition de «conjoint», à l’art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, porte-t-elle atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

Question 2: Dans l’affirmative, s’agit-il d’une atteinte dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique, conformément à l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Dans un an, à moins que le législateur n’ait pris une mesure ayant pour effet de rendre constitutionnel l’art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, la définition suivante du terme «conjoint» sera insérée dans la loi par notre Cour:

«conjoint» Est assimilée au conjoint la personne qui vit avec une autre personne depuis au moins un an, pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme ou comme étant dans une union analogue.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Je souscris, pour l’essentiel, aux motifs des juges Cory et Iacobucci. Compte tenu des principes que j’ai analysés dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, rendu simultanément, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

Pourvoi rejeté, les juges L’HEUREUX-DUBÉ, CORY, MCLACHLIN et IACOBUCCI sont dissidents.

Procureurs des appelants: Arvay Finlay, Victoria.

230

231

232

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Madeleine Aubé, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: William F. Pentney, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Commission des droits de la personne du Québec: Hélène Tessier, Montreal.

Solicitor for the intervener Equality for Gays and Lesbians Everywhere: Cynthia Petersen, Ottawa.

Solicitors for the intervener Metropolitan Community Church of Toronto: Iler, Campbell, Toronto.

Solicitors for the intervener Inter-Faith Coalition on Marriage and the Family: Lerner & Associates, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Madeleine Aubé, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne: William F. Pentney, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne du Québec: Hélène Tessier, Montréal.

Procureur de l'intervenante Égalité pour les gais et les lesbiennes: Cynthia Petersen, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Metropolitan Community Church of Toronto: Iler, Campbell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Inter-Faith Coalition on Marriage and the Family: Lerner & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Suzanne Thibaudeau *Respondent*

and

Attorney General of Quebec *Intervener*

and

Support and Custody Orders for Priority Enforcement (SCOPE) *Intervener*

and

Charter Committee on Poverty Issues, Federated Anti-Poverty Groups of British Columbia, National Action Committee on the Status of Women and Women's Legal Education and Action Fund (The Coalition) *Interveners*

INDEXED AS: THIBAudeau v. CANADA

File No.: 24154.

1994: October 4; 1995: May 25.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Alimony — Income tax — Divorced wife refusing to include in computing income amounts received from ex-husband as alimony for maintenance of children — Whether tax provision requiring her to include amounts in income infringes s. 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether provision can be justified under s. 1 of Charter — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 56(1)(b).

Under the decree granting her divorce the respondent was awarded custody of her two minor children and ali-

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Suzanne Thibaudeau *Intimée*

et

Le procureur général du Québec *Intervenant*

et

Support and Custody Orders for Priority Enforcement (SCOPE) *Intervenant*

et

Charter Committee on Poverty Issues, Federated Anti-Poverty Groups of British Columbia, Comité canadien d'action sur le statut de la femme et Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (la Coalition) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: THIBAudeau c. CANADA

N° du greffe: 24154.

1994: 4 octobre; 1995: 25 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Pension alimentaire — Impôt sur le revenu — Épouse divorcée refusant d'inclure dans le calcul de son revenu les sommes reçues de son ex-époux à titre de pension alimentaire pour subvenir aux besoins des enfants — La disposition en matière fiscale qui l'oblige à inclure ces sommes dans son revenu porte-t-elle atteinte à l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette disposition est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(1)(b).

Aux termes du jugement prononçant son divorce, l'intimée a obtenu la garde de ses deux enfants mineurs

mony of \$1,150 a month from her ex-husband for the exclusive benefit of the children. In determining the said amount the court took into account the cost of maintaining the children, the tax impact on the former spouses and the respondent's duty also to provide for the maintenance of her children. The court recognized, however, that the amount so determined required a greater contribution from the respondent than would be required by the ratio between the respective incomes of the former spouses. Section 56(1)(b) of the *Income Tax Act* ("ITA") requires a separated or divorced parent to include in computing income any amounts received as alimony for the maintenance of children, while s. 60(b) ITA allows a parent who has paid such amounts to deduct them from income. The respondent challenged the constitutionality of s. 56(1)(b) in the Tax Court of Canada. She argued that by imposing a tax burden on money which she was to use exclusively for the benefit of her children, s. 56(1)(b) infringed her right to equality guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The court found that s. 56(1)(b) was not discriminatory and dismissed the respondent's appeal from her 1989 tax assessment. A majority of the Federal Court of Appeal reversed this decision and concluded that s. 56(1)(b) infringed s. 15(1) and could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

Held (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed. Section 56(1)(b) ITA does not infringe the equality rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*.

Per La Forest and Sopinka JJ.: There is agreement with Cory and Iacobucci JJ. and with Gonthier J. that s. 56(1)(b) ITA does not impose a burden or withhold a benefit so as to attract the application of s. 15(1) of the *Charter*.

Per Cory and Iacobucci JJ.: Section 56(1)(b) ITA does not violate s. 15(1) of the *Charter*. The purpose of s. 15(1) is to protect human dignity by ensuring that all individuals are recognized at law as being equally deserving of concern, respect and consideration. Consequently, it is the effect that an impugned distinction has upon a claimant which is the prime concern under s. 15(1). Here, the group of single custodial parents receiving child support payments is not placed under a burden by the inclusion/deduction regime. Although there may be some cases in which the gross-up calculations shift a portion of the payer's tax liability upon the recipient spouse, one cannot necessarily extrapolate from this that a "burden" has been created, at least not for the purposes of s. 15(1). Sections 56(1)(b) and 60(b) operate at

et, de son ex-conjoint, une pension alimentaire de 1 150 \$ par mois pour le bénéfice exclusif des enfants. En fixant ce dernier montant, le tribunal a tenu compte du coût de l'entretien des enfants, de l'impact fiscal sur les ex-époux et de l'obligation qui revient à l'intimée de subvenir elle aussi aux besoins de ses enfants. Le tribunal a reconnu cependant que la somme, ainsi fixée, exige de l'intimée une contribution supérieure à ce que le rapport entre les revenus respectifs des ex-époux commanderait. L'alinéa 56(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* («LIR») oblige le parent séparé ou divorcé à inclure dans le calcul de son revenu les sommes reçues à titre de pension alimentaire pour l'entretien des enfants, alors que l'al. 60b) LIR permet au parent qui a versé ces sommes de les déduire de son revenu. Devant la Cour canadienne de l'impôt, l'intimée a contesté la constitutionnalité de l'al. 56(1)b). Elle a soutenu qu'en lui imposant une charge fiscale sur des sommes qu'elle doit utiliser pour le seul bénéfice de ses enfants, l'al. 56(1)b) porte atteinte à son droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La cour a décidé que l'al. 56(1)b) n'était pas discriminatoire et a rejeté l'appel de l'intimée à l'égard de sa cotisation d'impôt de 1989. La Cour d'appel fédérale, à la majorité, a infirmé cette décision et conclu que l'al. 56(1)b) violait le par. 15(1) et n'était pas justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Le pourvoi est accueilli. L'alinéa 56(1)b) LIR ne porte pas atteinte aux droits à l'égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte*.

Les juges La Forest et Sopinka: Est acceptée la conclusion des juges Cory et Iacobucci ainsi que du juge Gonthier, selon laquelle l'al. 56(1)b) LIR n'impose pas de fardeau ni ne prive d'un avantage, et ne donne donc pas lieu à l'application du par. 15(1) de la *Charte*.

Les juges Cory et Iacobucci: L'alinéa 56(1)b) LIR ne viole pas le par. 15(1) de la *Charte*. Le paragraphe 15(1) a pour but de protéger la dignité humaine en garantissant que tous les individus sont reconnus par la loi comme des êtres humains méritant le même intérêt, le même respect et la même considération. C'est donc l'effet de la distinction contestée sur le requérant qui est la première préoccupation en vertu du par. 15(1). En l'espèce, le groupe des parents seuls qui ont la garde d'enfants et reçoivent des prestations alimentaires pour ces derniers n'est pas assujéti à un fardeau par le régime inclusion/déduction. Quoiqu'il puisse y avoir des cas où les calculs de majoration transfèrent au conjoint bénéficiaire une partie de la charge fiscale du payeur, on ne peut en déduire que cela a créé nécessairement un «far-

the level of the couple and are designed to minimize the tax consequences of support payments, thereby promoting the best interests of the children by ensuring that more money is available to provide for their care. If anything, the inclusion/deduction regime confers a benefit on the post-divorce "family unit". The fact that one member of the unit might derive a greater benefit from the legislation than the other does not, in and of itself, trigger a s. 15(1) violation, nor does it lead to a finding that the distinction in any way amounts to a denial of equal benefit or protection of the law. Sections 56(1)(b) and 60(b), which incorporate federal and provincial statutes under which child support orders are issued, must be examined in conjunction with those statutes in order to assess the effect of ss. 56(1)(b) and 60(b) upon the claimant. The amount of income taxable under ss. 56(1)(b) and 60(b) is determined by the family law system and, unless it operates in a defective manner, the amount of child support will include grossing-up calculations to account for the tax liability that the recipient ex-spouse will incur on the income. If there has been an error, the family law system provides avenues to revisit the support order to correct the situation. Any disproportionate displacement of the tax liability between the former spouses lies in the family law system, not in the ITA. Therefore, in light of the interaction between the ITA and the family law statutes, s. 56(1)(b) does not impose a burden upon the respondent within the meaning of s. 15(1).

The disagreement with McLachlin J.'s conclusion that ss. 56(1)(b) and 60(b) occasion a burden is limited to an application of her approach to the facts of this case, not with her methodology *per se*, which is endorsed. By corollary, the concurrence with Gonthier J. in the disposition of this appeal is one of result, not of method.

Per Gonthier J.: The special nature of the ITA is a significant factor that must be taken into account in defining the scope of the right to the "equal benefit of the law" provided for in s. 15(1) of the *Charter*. It is of the very essence of the ITA to make distinctions, so as to generate revenue for the government while equitably reconciling a range of necessarily divergent interests. In view of this, the right to the equal benefit of the law does not mean that each taxpayer has an equal right to receive the same amounts, deductions or benefits, but merely that he or she has a right to be equally governed by the law. The concept of fiscal equity should not be

deau», du moins aux fins du par. 15(1). Les alinéas 56(1)(b) et 60(b) s'appliquent au niveau du couple et visent à minimiser les incidences fiscales des versements de pension alimentaire, dans le but de promouvoir le meilleur intérêt des enfants en permettant que plus d'argent soit consacré à leur entretien. Le régime inclusion/déduction conférerait plutôt un avantage à l'«unité familiale» après le divorce. Le fait que l'un des membres de cette unité puisse retirer de la loi un avantage plus grand que l'autre n'entraîne pas en soi une violation du par. 15(1) ni ne mène à la conclusion que la distinction revient de quelque manière à un refus d'accorder la même protection et le même bénéfice de la loi. Les alinéas 56(1)(b) et 60(b), qui incorporent des lois fédérales et les lois provinciales régissant les ordonnances alimentaires pour les enfants, doivent être examinés conjointement avec ces lois afin d'évaluer l'effet des al. 56(1)(b) et 60(b) sur le requérant. Le montant du revenu imposable en vertu des al. 56(1)(b) et 60(b) est déterminé par le régime du droit familial et, à moins qu'il fonctionne mal, le montant de la prestation alimentaire des enfants comprendra les calculs de majoration pour tenir compte de l'impôt que l'ex-conjoint bénéficiaire devra payer sur ce revenu. S'il y a eu une erreur, le régime du droit familial prévoit des moyens de réexaminer les ordonnances alimentaires pour corriger la situation. Tout transfert disproportionné de l'impôt à payer entre les anciens conjoints relève du régime du droit familial et non pas de la LIR. Étant donné l'interaction entre la LIR et la législation du droit de la famille, l'al. 56(1)(b) n'impose donc pas à l'intimée un fardeau au sens de la jurisprudence relative au par. 15(1).

Le désaccord avec la conclusion du juge McLachlin, selon laquelle les al. 56(1)(b) et 60(b) entraînent un fardeau, se limite à l'application de sa méthode aux faits de la présente affaire et ne porte pas sur sa méthodologie en soi, qui est appuyée. En corollaire, l'accord avec le juge Gonthier concerne le résultat auquel il est arrivé dans le présent pourvoi, mais non la méthode utilisée.

Le juge Gonthier: La nature particulière de la LIR est un élément important dont il faut tenir compte dans la définition de la portée du droit «au même bénéfice de la loi» prévu au par. 15(1) de la *Charte*. L'essence même de la LIR est de faire des distinctions, de manière à générer des revenus pour l'État tout en composant de façon équitable avec un ensemble d'intérêts divergents. Dans cette perspective, le droit au même bénéfice de la loi signifie non pas que chaque contribuable a un droit égal aux mêmes sommes, deductions ou avantages, mais seulement qu'il a un droit d'être également régi par la loi. Il ne faut pas confondre le concept d'équité fiscale

confused with the concept of the right to equality. There is discrimination under s. 15(1) when the impugned provision creates a prejudicial distinction affecting the complainant as a member of a group, based on an irrelevant personal characteristic shared by the group.

The first stage in the method of analysis under s. 15(1) involves determining whether the provision in question creates a distinction between the individual, as a member of a group, and others. The inclusion/deduction system, adopted to deal with the unfavourable economic consequences resulting from the breakup of the family unit, creates a distinction since it applies only to separated or divorced spouses, where one parent is paying alimony to the other under a judgment or agreement. The system exceptionally permits income splitting between the latter in order to increase their available resources. This group of separated or divorced couples clearly cannot be subdivided by income level, as income level is not a characteristic attaching to the individual.

The second stage involves determining whether this distinction creates prejudice in respect of the group in question. A comparison between the treatment of couples subject to the general taxation system and that applicable to separated or divorced couples subject to ss. 56(1)(b) and 60(b) indicates that the inclusion/deduction system does not produce a prejudicial effect on the latter group. The general rule is that the income of parents used for the maintenance of their children shall be taxed in the hands of the parents. The special system applicable to separated or divorced parents maintains this rule, but taxes the income in the hands of the parent who ultimately receives it rather than in the hands of the parent who earned it. Imposing the tax on the person who can dispose of the income is not a prejudicial measure in itself. Further, this comparison indicates that the parents to whom the special inclusion/deduction system applies enjoy an overall lessening of their tax burden. In fact, although the tax savings generated by the inclusion/deduction system depend on a variable — the difference between the tax rates of the members of the couple — it was shown that on the whole members of the group derive a benefit from it since most of the parents receiving alimony for the children are subject to a marginal tax rate lower than that of the parents paying the maintenance. It can thus be said that the purposes for which the system was created have been to a large extent achieved. In view of the substantial savings generated by the inclusion/deduction system, the group of separated or divorced parents cannot as a whole claim to

avec la notion de droit à l'égalité. Il y a discrimination en vertu du par. 15(1) lorsque la disposition législative contestée crée, à l'égard du requérant en tant que membre d'un groupe, une distinction préjudiciable fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente partagée par ce groupe.

La première étape de la méthode d'analyse relative au par. 15(1) vise à établir si la disposition législative en cause crée une distinction entre l'individu, membre d'un groupe, et les autres. Le régime inclusion/déduction, adopté pour répondre aux conséquences économiques défavorables engendrées par l'éclatement de la cellule familiale, crée une distinction puisqu'il ne vise que les conjoints séparés ou divorcés, dont un parent verse une pension alimentaire à l'autre selon un jugement ou une entente. Ce régime autorise, à titre exceptionnel, le fractionnement du revenu entre ces derniers dans le but d'accroître leurs ressources disponibles. Ce groupe de couples séparés ou divorcés ne saurait être subdivisé selon le niveau de revenu étant donné que le niveau de revenu n'est pas une caractéristique attachée à la personne.

La deuxième étape vise à déterminer si cette distinction engendre un préjudice à l'égard du groupe visé. Une comparaison entre le traitement réservé aux couples soumis au régime général d'imposition et celui réservé aux couples séparés ou divorcés soumis aux al. 56(1)(b) et 60(b) révèle que le régime inclusion/déduction n'engendre pas un effet préjudiciable à l'égard de ce dernier groupe. La règle générale veut que les revenus des parents servant aux besoins des enfants soient imposés entre les mains des parents. Le régime particulier aux parents séparés ou divorcés maintient ce principe, mais impose ce revenu entre les mains du parent qui le reçoit ultimement plutôt qu'entre les mains du parent qui l'a gagné. L'imposition sur la tête de la personne qui peut disposer du revenu n'est pas une mesure préjudiciable en soi. Par ailleurs, cette comparaison indique que les parents visés par le régime particulier inclusion/déduction bénéficient d'un allègement global de leur fardeau fiscal. En effet, bien que dans les faits, les économies d'impôt générées par le régime soient subordonnées à une variable — la différence entre les taux d'imposition des membres du couple —, il est établi que, de façon globale, les membres du groupe en retirent un avantage puisque la majorité des parents qui reçoivent la pension alimentaire pour les enfants est assujettie à un taux marginal d'imposition inférieur à celui des parents qui versent cette pension. On peut donc considérer les fins pour lesquelles le régime a été mis sur pied comme étant raisonnablement atteintes. Devant les économies substantielles générées par le régime inclusion/déduction, le

suffer prejudice associated with the very existence of the system in question.

Even accepting that a comparison should be made between those who receive and those who pay the maintenance, it was not shown that in the context at issue here the distinction created by the ITA in making the maintenance taxable in the hands of the recipient alone entails a disadvantage. The tax burden of the couple is reduced and this has the result of increasing the available resources that can be used for the benefit of the children, in satisfaction of their parents' obligation to support them.

The question of the distribution of the resources available for the benefit of the children is important in assessing the prejudice alleged by the respondent. This question is governed by the rules of family law which are incorporated into ss. 56(1)(b) and 60(b) by reference. As the fiscal impact resulting from the obligation of inclusion is one of the factors to be taken into account in computing the alimony, the very way in which that impact is distributed between the parents for the ultimate benefit of the child must still be subject to the fundamental criterion of the latter's best interests. That criterion expresses a fundamental value of our society. Since it is governed by that criterion the distribution of the fiscal impact is therefore not open to challenge under the *Charter*. The fact that the tax saving resulting from the inclusion/deduction system does not benefit both parents in equal proportion therefore does not infringe the equality rights protected by the *Charter*. Additionally, there is no evidence to show that the recipient parent or the children would benefit by taxation in the hands of the payer of the alimony. In short, the fact that the support may not be increased by an amount equal to the payer's tax relief or the recipient's tax increase does not as such place the latter at a disadvantage since in principle the distribution takes place in accordance with family law, which is incorporated into the tax system by reference and the aims of which are promoted by contributing to an alleviation of the tax burden. Additionally, such results, if any, depend primarily on the individual case. They do not establish a disadvantage for the group.

Finally, a review of the principal provisions of the ITA dealing with tax credits which the respondent could claim (ss. 118(1)(b) and (d) and 122.2) does not alter the conclusion that there is no prejudicial effect. That review indicates that these credits are independent of the inclusion/deduction system and do not depend on receipt of alimony. In enacting these provisions it would

groupe des parents séparés ou divorcés ne peut pas, dans son ensemble, prétendre subir un préjudice lié à l'existence même du régime en cause.

Même en acceptant que la comparaison devrait être faite entre les créanciers et les débiteurs alimentaires, il n'est pas établi dans le présent contexte que la distinction créée par la LIR en rendant la pension alimentaire imposable entre les mains du seul créancier comporte un désavantage. Le fardeau fiscal du couple est réduit, ce qui a pour résultat d'augmenter les montants disponibles qui pourront être utilisés au profit des enfants, en satisfaction de l'obligation alimentaire de leurs parents envers eux.

La question de la répartition des sommes disponibles au profit des enfants est importante dans l'évaluation du préjudice invoqué par l'intimée. Cette question est régie par les principes de droit familial qui sont intégrés par renvoi aux al. 56(1)(b) et 60(b). L'impact fiscal généré par l'obligation d'inclusion étant l'un des éléments dont il faut tenir compte dans le calcul de la pension alimentaire, la façon même dont cet impact est réparti entre les parents, au profit ultime de l'enfant, n'échappe pas au critère fondamental du meilleur intérêt de ce dernier. Ce critère exprime une valeur fondamentale de notre société. Étant soumis à ce critère, la répartition de l'impact fiscal est donc inattaquable selon la *Charte*. Que l'économie d'impôt engendrée par le régime inclusion/déduction ne bénéficie pas aux deux parents dans une proportion égale n'enfreint donc pas les droits à l'égalité protégés par la *Charte*. En outre, aucune preuve n'établit que le parent créancier ou les enfants seraient avantagés par l'imposition entre les mains du débiteur alimentaire. En somme, le fait que la pension alimentaire puisse ne pas être augmentée d'un montant égal au dégrèvement d'impôt du débiteur ou à l'augmentation d'impôt du créancier ne saurait établir, en soi, un désavantage à l'endroit de ce dernier puisqu'en principe, la répartition relève de l'application du droit de la famille, qui est intégré au régime fiscal par renvoi et dont elle favorise les objectifs en contribuant à un allègement du fardeau fiscal. D'ailleurs de tels résultats, le cas échéant, relèvent en premier lieu du cas particulier. Ils n'établissent pas le désavantage du groupe.

Finalement, l'examen des principales dispositions de la LIR traitant des crédits d'impôt que pouvait réclamer l'intimée (les al. 118(1)(b), 118(1)(d) et l'art. 122.2), ne modifie pas la conclusion sur l'inexistence d'effet préjudiciable. Cet examen indique que ces crédits sont indépendants du régime inclusion/déduction et ne sont pas assujettis à la réception d'une pension alimentaire. En

appear that the legislature instead intended to alleviate the tax burden of a wide range of persons whose only common denominator is having dependants. This arrangement is not *de facto* contrary to the custodial parent in a separation situation generally being the one able to claim such credits.

As no prejudice exists, there is no need to go on to the third step in the analysis and consider the relevance of the personal characteristic on the basis of which the distinction was created. Section 56(1)(b) ITA does not infringe the equality rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*.

Per McLachlin J. (dissenting): An analysis under s. 15(1) of the *Charter* involves two stages: (1) the claimant must show that the impugned legislation treats him or her differently by imposing a burden not imposed on others or denying a benefit granted to others; and (2) the claimant must show that this unequal treatment is discriminatory. In the great majority of cases the existence of prejudicial treatment based on an enumerated or analogous ground leads to a conclusion that s. 15(1) has been infringed.

Section 56(1)(b) ITA imposes on one member of the separated or divorced couple a burden which does not affect the other member of that couple. This section requires the separated or divorced custodial parent to include child support payments, while the non-custodial parent may deduct these payments from his taxable income, under s. 60(b) ITA. This inequality between the custodial and non-custodial spouse is exacerbated by the fact that the latter enjoys an automatic and absolute right of deduction of support payments from personal income, while the former's ability to offset the increase in her taxes by obtaining an adjustment of support is unpredictable. Further, one of the premises on which the inclusion/deduction scheme rests — namely that custodial parents (the great majority of whom are women) are generally subject to a lower tax rate than non-custodial parents) — is less and less in accord with present reality and undermines the importance our society places on women attaining financial self-sufficiency. Furthermore, the inclusion/deduction scheme overlooks the custodial parent's financial contribution to the support of the children. The custodial parent not only cannot deduct amounts she spends on maintaining the children, but must also pay the tax that the non-custodial parent would ordinarily have had to pay on the income devoted to child support. Apart from s. 56(1)(b) ITA, child support is not included in the taxable income of other persons in situations similar to that of the custodial parent.

adoptant ces dispositions, il semble plutôt que le législateur ait eu comme objectif d'alléger le fardeau fiscal d'une vaste catégorie de personnes dont le dénominateur commun est uniquement celui d'avoir des dépendants. Cet état de choses ne s'oppose pas *de facto* à ce qu'en situation de séparation ce soit le parent gardien qui puisse alors généralement réclamer de tels crédits.

En l'absence de préjudice, il n'y a pas lieu de passer à la troisième étape de l'analyse et de s'interroger sur la pertinence de la caractéristique personnelle sur laquelle la distinction est fondée. L'alinéa 56(1)(b) LIR ne porte pas atteinte aux droits à l'égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte*.

Le juge McLachlin (dissidente): L'analyse en vertu du par. 15(1) de la *Charte* doit se faire en deux étapes: (1) le requérant doit établir que la loi contestée le traite différemment en lui imposant un fardeau non imposé à d'autres ou en lui refusant un avantage accordé à d'autres, et (2) il doit démontrer que ce traitement inégal est discriminatoire. L'existence d'un traitement préjudiciable sur la base d'un motif énuméré au par. 15(1) ou analogue mène, dans la très grande majorité des cas, à une conclusion de violation du par. 15(1).

L'alinéa 56(1)(b) LIR impose à un membre du couple séparé ou divorcé un fardeau qui ne pèse pas sur l'autre membre du couple. Cet alinéa oblige le parent gardien séparé ou divorcé à inclure dans son revenu imposable les sommes versées pour la pension alimentaire des enfants, alors que le parent non gardien, en vertu de l'al. 60(b) LIR, peut déduire ces sommes. Cette inégalité est exacerbée par le fait que la déduction dont bénéficie le parent non gardien en vertu du régime inclusion/déduction est automatique et absolue, alors que la possibilité pour le parent gardien de bénéficier d'un ajustement lui permettant de couvrir les sommes additionnelles d'impôt à payer est aléatoire et incertaine. En outre, l'une des prémisses sur lesquelles le régime est basé — à savoir que les parents gardiens (en grande majorité des femmes) sont généralement assujettis à un taux d'imposition moindre que les parents non gardiens — correspond de moins en moins à la réalité actuelle et met en échec l'importance que notre société accorde à l'atteinte de l'autonomie financière par les femmes. Par ailleurs, le régime inclusion/déduction ignore totalement la contribution financière du parent gardien à l'entretien des enfants. Non seulement il ne peut déduire de son revenu imposable les sommes qu'il consacre à leur entretien, mais il doit également payer l'impôt que le parent non gardien aurait normalement dû payer sur la part de son revenu consacrée à l'entretien des enfants. En dehors de l'al. 56(1)(b), aucune autre disposition de la LIR ne pré-

The general principle of individual taxation applies, and the person having custody is not taxed on amounts which do not personally belong to him or her. In short, the requirement of s. 56(1)(b) ITA that separated or divorced custodial parents include child support in their taxable income imposes obligations on separated or divorced custodial parents that do not apply to others in similar situations and denies benefits which the law accords to others. The fact that the inclusion/deduction scheme confers a benefit on the majority of divorced or separated couples as compared with other couples is no bar to concluding that that same scheme imposes prejudicial treatment within the couple by imposing on one of its members a burden not imposed on the other.

Even if the legislation is viewed from the perspective of the couple, however, the inclusion/deduction scheme works significant inequality. When the custodial parent's marginal tax rate is greater than that of the non-custodial parent, the scheme has the effect of increasing the total tax paid by both parents. From the outset, the inclusion/deduction scheme imposes prejudicial treatment on separated or divorced couples in about 30 percent of cases. Moreover, where the scheme constitutes a benefit for the couple, the tax savings it generates often benefit only the non-custodial parent since the legislation contains nothing to encourage an equitable division between family members of any benefits that may result from tax savings granted to the non-custodial parent by means of the deduction.

The family law regime does not in practice succeed in rectifying the inequality created by the inclusion/deduction scheme. The tax impact of support payments is not always considered by the courts and, when it is, the adjustment is often insufficient to cover the additional tax which the custodial parent must pay as a result of being subject to the scheme. The amount of child support is determined in light of several factors and thus leaves room for the exercise of a very wide discretionary judicial power which precludes, in many cases, complete neutralization of the negative effects that may result from the inclusion requirement provided for in s. 56(1)(b). The legality of the inclusion/deduction scheme is not preserved by the fact that the custodial parent can appeal a judgment which does not adequately take the tax impact into account or obtain an increase in child support when new circumstances increase the additional

voit l'inclusion du coût de l'entretien des enfants dans le calcul du revenu imposable d'autres personnes se trouvant dans des situations similaires au parent gardien. Le principe général de la taxation individuelle s'applique et la personne qui a la garde n'est pas assujettie à l'impôt sur des montants qui ne lui appartiennent pas personnellement. En somme, en exigeant que les parents gardiens séparés ou divorcés incluent dans le calcul de leur revenu imposable la pension alimentaire des enfants, l'al. 56(1)(b) leur impose des obligations qui ne pèsent pas sur d'autres personnes dans des situations similaires et les prive d'avantages accordés à d'autres. Le fait que l'ensemble du régime inclusion/déduction constitue un avantage pour la majorité des couples divorcés ou séparés par rapport aux autres couples n'empêche pas de conclure que ce même régime impose un traitement préjudiciable au sein du couple en imposant à l'un de ses membres un fardeau non imposé à l'autre.

Cependant, même dans la perspective du couple, le régime inclusion/déduction engendre une inégalité importante. Lorsque le taux marginal d'imposition du parent gardien est supérieur à celui du parent non gardien, le régime a pour effet d'augmenter le total des impôts payés par les deux parents. Ce régime impose donc, dès le départ, dans environ 30 pour 100 des cas, un traitement préjudiciable aux couples séparés ou divorcés. De plus, lorsque le régime constitue un avantage pour le couple, les économies d'impôt qu'il génère ne profitent souvent qu'au parent non gardien puisqu'aucune mesure concrète n'est prévue pour favoriser une répartition équitable, entre les membres du couple, des économies résultant de la déduction.

Le droit de la famille ne parvient pas en pratique à rectifier l'inégalité créée par le régime inclusion/déduction. L'incidence fiscale de la pension alimentaire n'est pas toujours considérée par les tribunaux. Lorsqu'elle l'est, l'ajustement est rarement suffisant pour couvrir l'impôt additionnel que le parent gardien doit payer en raison du régime. Le montant des ordonnances alimentaires au profit des enfants est fixé en fonction de plusieurs facteurs et laisse donc place à l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire très étendu qui empêche, dans bien des cas, la pleine neutralisation des effets négatifs qui peuvent résulter de l'obligation d'inclusion prévue à l'al. 56(1)(b). La possibilité pour le parent gardien de faire appel du jugement qui ne tient pas compte adéquatement de l'incidence fiscale, ou d'obtenir une augmentation du montant de la pension alimentaire des enfants lorsque de nouvelles circonstances augmentent le fardeau fiscal supplémentaire qu'il doit assumer en raison de l'inclusion de la pension dans son revenu

tax burden she must bear as a result of including child support in her taxable income.

While the status of separated or divorced custodial parent is not one of the grounds enumerated in s. 15(1), it constitutes an analogous ground of discrimination. This conclusion results from the following considerations: (1) the imposition of prejudicial treatment solely on the basis of this status may violate the dignity of an individual and his or her personal worth to a degree affecting the individual's personal, social or economic development; (2) separated or divorced custodial parents considered as a group have historically been subject to disadvantageous treatment; (3) the special difficulties with which separated or divorced custodial parents must live and their minority position as compared with Canadian families as a whole justifies viewing them as a discrete and insular minority; (4) classification as a separated or divorced custodial parent may give rise to adverse distinctions on the basis of immutable personal characteristics in the broad sense of the term, rather than on the merit and actual circumstances of a particular individual; and (5) the status of separated or divorced custodial parents is linked to the enumerated ground of sex given that the great majority of the members of this group are women. The distinction in s. 56(1)(b), based on the status of separated or divorced custodial parent, is discriminatory and infringes s. 15(1) since it runs directly counter to the values underlying it.

Section 56(1)(b) cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. The objective of the inclusion/deduction scheme is to increase the resources of the family as a unit in order to increase child support and ease the discharge of the non-custodial parent's obligations. This legislative objective is of sufficient importance to justify an infringement of a constitutional right, but s. 56(1)(b) does not meet the proportionality test. Even in the absence of mechanisms for dividing the tax saving, there is a tenuous rational connection between the means chosen by Parliament and the objective pursued. However, while Parliament does not have to choose the least intrusive means of all to meet its objective, it did not select one of a range of choices so as to impair a constitutional right as little as possible. The inclusion/deduction scheme does not reasonably minimize the impairment of the equality rights of the respondent and persons in her situation. Alternatives less intrusive of that right protected by the *Charter* may be readily envisaged. The tax credits provided by the ITA do not attenuate any inequality which the inclusion requirement may work on the custodial parent. Finally, the inclusion/deduction scheme does not meet the propor-

imposable, ne permet pas de préserver la légalité du régime inclusion/déduction.

Bien que le statut de parent gardien séparé ou divorcé ne soit pas l'un des motifs de discrimination énumérés au par. 15(1), il constitue un motif analogue de discrimination. Cette conclusion découle des éléments suivants: (1) l'imposition d'un traitement préjudiciable fondée uniquement sur ce statut peut porter atteinte à la dignité d'un individu et à sa valeur personnelle dans une mesure qui risque d'affecter son développement personnel, social ou économique; (2) les parents gardiens séparés ou divorcés, en tant que groupe, ont historiquement été l'objet de traitements désavantageux; (3) les difficultés particulières de la vie des parents gardiens séparés ou divorcés, de même que leur situation minoritaire par rapport à l'ensemble des familles canadiennes, justifient de les reconnaître comme une minorité discrète et isolée; (4) l'appartenance au groupe des parents gardiens séparés ou divorcés peut donner lieu à des distinctions préjudiciables fondées sur des caractéristiques personnelles immuables au sens large, plutôt que sur le mérite et la situation véritable d'une personne, et (5) le statut de parent gardien séparé ou divorcé est lié à l'un des motifs énumérés, le sexe, puisque la forte majorité des membres de ce groupe est constituée de femmes. La distinction à l'al. 56(1)b), fondée sur le statut de parent gardien séparé ou divorcé, est discriminatoire et viole le par. 15(1) puisqu'elle va directement à l'encontre des valeurs qui le sous-tendent.

L'alinéa 56(1)b) ne saurait être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'objectif du régime inclusion/déduction vise à accroître les ressources de l'ensemble de la famille de manière à augmenter la pension alimentaire des enfants et à permettre aux parents non gardiens d'assumer plus facilement leurs obligations. Cet objectif législatif est suffisamment important pour justifier une atteinte à un droit constitutionnel, mais l'al. 56(1)b) ne satisfait pas au critère de proportionnalité. Même en l'absence de mécanismes de répartition de l'économie d'impôt, il existe un lien rationnel ténu entre le moyen préconisé par le législateur et l'objectif poursuivi. Toutefois, bien que le législateur n'ait pas à choisir le moyen le moins attentatoire entre tous pour atteindre son objectif, il n'a pas choisi parmi la gamme des moyens de nature à porter aussi peu que possible atteinte à un droit constitutionnel. Le régime inclusion/déduction ne minimise pas d'une façon raisonnable l'atteinte au droit à l'égalité de l'intimée et des personnes se trouvant dans sa situation. D'autres moyens moins attentatoires à ce droit garanti par la *Charte* pourraient être envisagés. Le jeu des divers crédits d'impôt prévus par la LIR ne réduit pas l'inégalité

tionality of effects test. The harmful effects of the scheme are disproportionate to the benefits it may produce. While the scheme seems, in the majority of cases, to produce tax savings for the broken family as a whole, in view of the importance of the interest at stake, an adverse tax impact in more than 30 percent of cases is unacceptable. The inclusion/deduction scheme exacerbates the significant financial difficulties encountered by custodial parents and children upon the breakup of the family.

Section 56(1)(b) thus infringes the equality rights guaranteed by s. 15(1) in an unjustifiable manner in so far as it applies to amounts paid between separated or divorced parents for child support. In this case, a reading down of s. 56(1)(b) to exclude child support payments appears appropriate. Since the issue turned essentially on s. 56(1)(b), there should be no ruling on the constitutionality of s. 60(b) ITA. Except as regards the respondent, the effects of the declaration of unconstitutionality respecting s. 56(1)(b) should be suspended for a period of one year from the date of the judgement.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): In an analysis under s. 15(1) of the *Charter*, it is preferable to focus on the group adversely affected by the distinction as well as on the nature of the interest affected, rather than on the grounds of the impugned distinction. A claimant under that section must establish that: (1) there is a legislative distinction; (2) this distinction results in a denial of one of the four equality rights on the basis of the claimant's membership in an identifiable group; and (3) this distinction is "discriminatory" within the meaning of s. 15(1).

Section 56(1)(b) ITA makes distinctions and these distinctions have the effect of imposing a burden unequally on the basis of one's membership in an identifiable group — separated or divorced custodial parents. Although the inclusion/deduction regime confers a net tax saving upon a majority of divorced or separated couples, its effect is not experienced equally by both members of the couple. The regime imposes at the outset a tax burden uniquely on custodial spouses, and confers a tax benefit uniquely on non-custodial spouses. As a practical matter, the family law system is incapable of

que l'obligation d'inclusion peut engendrer pour le parent gardien. Enfin, le régime inclusion/déduction ne satisfait pas non plus au volet de la proportionnalité des effets. Les effets néfastes qui découlent de l'application du régime ne sont pas proportionnés aux avantages qu'il peut entraîner. Bien que le régime semble, dans la majorité des cas, procurer des économies d'impôt à l'ensemble de la famille dont les parents sont séparés ou divorcés, vu l'importance de l'intérêt en cause, une incidence fiscale défavorable dans plus de 30 pour 100 des cas est inacceptable. Le régime inclusion/déduction ne fait qu'aggraver les importantes difficultés financières des parents gardiens et des enfants suite à l'éclatement de la famille.

L'alinéa 56(1)(b) porte donc atteinte d'une manière injustifiable aux droits à l'égalité garantis par le par. 15(1), dans la mesure où il vise les pensions alimentaires versées entre parents séparés ou divorcés pour l'entretien des enfants. En l'espèce, une interprétation atténuée de l'al. 56(1)(b), de manière à exclure les montants versés pour la pension alimentaire des enfants, semble être de mise. Puisque la contestation a porté essentiellement sur l'al. 56(1)(b), il convient de ne pas se prononcer sur la constitutionnalité de l'al. 60(b) LIR. Sauf à l'égard de l'intimée, les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité visant l'al. 56(1)(b) devraient être suspendus pour une période d'un an à compter de la date du jugement.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissident): Dans le cadre d'une analyse fondée sur le par. 15(1) de la *Charte*, il est préférable de mettre l'accent sur le groupe auquel la distinction contestée cause préjudice ainsi que sur la nature du droit touché plutôt que sur les motifs de la distinction. La personne qui revendique des droits en vertu de cette disposition doit établir: (1) l'existence d'une distinction créée par la loi, (2) le fait que cette distinction la prive de l'un des quatre droits à l'égalité sur le fondement de son appartenance à un groupe identifiable, et (3) le fait que cette distinction est «discriminatoire» au sens du par. 15(1).

L'alinéa 56(1)(b) LIR établit des distinctions, et ces distinctions ont pour effet d'imposer un fardeau de façon inégale, en fonction de l'appartenance à un groupe identifiable — celui des parents gardiens séparés ou divorcés. Même si le régime inclusion/déduction confère un dégrèvement fiscal net à la majorité des couples séparés ou divorcés, les deux membres du couple n'en jouissent pas de façon égale. Le régime comporte au départ l'imposition d'un fardeau fiscal aux seuls conjoints gardiens et l'octroi d'un avantage fiscal aux seuls conjoints non gardiens. En pratique, le droit de la

remedying the initial unequal distribution effectuated by the inclusion/deduction regime. It does not address to any meaningful extent the inequalities flowing from the burden imposed upon custodial spouses of an imperfect "gross-up" of the support award to account for tax payable, as well as from the benefits accruing to non-custodial spouses as a result of the "upside-down subsidy" that occurs when custodial spouses are in a lower marginal tax bracket. Even if the family law system were to operate perfectly, it could not completely offset the redistributive effects of the inclusion/deduction regime. Thus, whereas the family law system perpetuates an inequality, the regime is undoubtedly the source of this inequality. A denial of equality does not necessarily require that all members of a group be adversely affected by the distinction. It suffices that a particular group is significantly more likely to suffer an adverse effect as a result of a legislative distinction than any other group. Here, the inclusion/deduction regime is, on the whole, very likely to disadvantage custodial spouses and, concomitantly, very likely to advantage non-custodial spouses. A regime that materially increases the vulnerability of a particular group imposes a burden on that group which violates one of the four equality rights under s. 15. As such, the inclusion/deduction regime imposes upon separated or divorced custodial spouses an unequal burden of the law and denies them the equal benefit of the law.

The distinction made by s. 56(1)(b) is discriminatory within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. Separated or divorced custodial spouses, the vast majority of whom are women, are, on the whole, an economically and socially vulnerable group, bound together by traits that are personal, though not necessarily wholly immutable. Adverse legislative distinctions on the basis of membership in this group are likely to be reasonably perceived to have a discriminatory impact by members of this group, and are capable of touching upon essential aspects of personal self-worth and dignity. The interest most directly and adversely affected by s. 56(1)(b) is the economic situation of separated or divorced custodial parents and their children — an important societal interest. The impugned distinction may visit significant economic hardship upon this group. In view of the nature of the group and the interest affected, the distinctions drawn in the inclusion/deduction regime, and in particular in s. 56(1)(b), are reasonably capable of having a material discriminatory impact on separated or divorced custodial parents. The fact that some isolated

famille est incapable de remédier au caractère inéquitable du partage initial opéré par le régime inclusion/déduction. Il ne peut corriger efficacement les inégalités découlant du fardeau imposé aux conjoints gardiens par une «majoration» imparfaite de la pension alimentaire pour tenir compte de l'impôt afférent, et des avantages dont jouissent les conjoints non gardiens en raison de la «subvention inversée» qui se produit lorsque les conjoints gardiens ont un taux d'imposition marginal moins élevé. Même dans l'hypothèse d'un fonctionnement parfait du droit de la famille, celui-ci ne pourrait pas contrebalancer complètement les effets redistributifs du régime inclusion/déduction. Par conséquent, alors que le droit de la famille maintient une inégalité, le régime est sans aucun doute la source de cette inégalité. Pour qu'il y ait négation du droit à l'égalité, il n'est pas nécessaire que tous les membres d'un groupe subissent les effets préjudiciables de la distinction. Il suffit qu'un groupe particulier soit beaucoup plus susceptible qu'un autre groupe de subir un effet préjudiciable en raison d'une distinction législative. En l'espèce, le régime inclusion/déduction est, dans son ensemble, très susceptible de désavantager les conjoints gardiens et, corollairement, très susceptible d'avantager les conjoints non gardiens. Un régime qui accroît substantiellement la vulnérabilité d'un groupe particulier impose à ce groupe un fardeau qui viole l'un des quatre droits à l'égalité garantis par l'art. 15. En soi, le régime inclusion/déduction impose aux parents gardiens séparés ou divorcés un fardeau inégal et il les prive d'un partage égal des avantages en vertu de la loi.

La distinction établie par l'al. 56(1)(b) est discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Les conjoints gardiens séparés ou divorcés, en vaste majorité des femmes, sont, dans l'ensemble, un groupe de personnes vulnérables économiquement et socialement, unies par des traits qui, s'ils ne sont pas nécessairement complètement immuables, sont personnels. Il se peut que les distinctions législatives négatives fondées sur l'appartenance à ce groupe soient raisonnablement perçues par les membres de ce même groupe comme ayant un effet discriminatoire et qu'elles affectent certains aspects essentiels de leur identité et de leur dignité personnelles. Le droit le plus directement et négativement touché par l'al. 56(1)(b) est la situation économique des parents gardiens séparés ou divorcés et de leurs enfants — une valeur importante pour la société. La distinction attaquée peut imposer une lourde charge économique à ce groupe. Eu égard à la nature du groupe et du droit touchés, les distinctions tirées du régime inclusion/déduction, et en particulier de l'al. 56(1)(b), sont raisonnablement susceptibles d'entraîner un effet discriminatoire

individuals within this group may not be adversely affected does not alter the general validity of this conclusion. Section 56(1)(b) therefore violates s. 15(1) of the *Charter*, since it is capable of either promoting or perpetuating the view that separated custodial parents are less capable, or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration.

Section 56(1)(b) cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. The modern purpose of the inclusion/deduction regime — to place more money in the hands of the separated or divorced “couple” for the purposes of raising the level of child support — is a pressing and substantial objective, but the regime does not achieve this objective in a proportionate manner. While the regime is rationally connected to its objective, it lies outside the reasonable range of minimally intrusive alternatives available to the government. The government has not demonstrated that the benefit accruing to the separated or divorced “couple” is fairly and equitably shared between the two individuals. The initial unequal distribution will only be equally divided by the good graces of the non-custodial spouse or in the unlikely event that the family law system fully understands, anticipates, and applies the principles of tax expenditure analysis. Other alternatives could more effectively achieve the objective. Further, the deleterious effects of the impugned distinction outweigh its salutary effects. The fact that the inclusion/deduction regime often imposes a very real disadvantage upon the very group it is intended to help is not outweighed by the net tax savings to couples that it frequently occasions. Accordingly, s. 56(1)(b) should be declared invalid in respect of child support payments. The declaration of invalidity should be suspended for a 12-month period to enable Parliament to implement a less discriminatory alternative. No pronouncement is made on the constitutionality of s. 60(b) ITA.

Cases Cited

By Cory and Iacobucci JJ.

Referred to: *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695.

important sur les parents séparés ou divorcés qui ont la garde de leurs enfants. Le fait que certaines personnes seulement de ce groupe puissent échapper à cet effet ne modifie pas la validité générale de cette conclusion. L'alinéa 56(1)(b) viole donc le par. 15(1) de la *Charte* puisqu'il est susceptible de promouvoir ou de perpétuer l'opinion suivant laquelle les parents gardiens séparés sont moins capables ou ne méritent pas la même reconnaissance ou valeur en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération.

L'alinéa 56(1)(b) ne peut être sauvé en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'objectif moderne du régime inclusion/déduction — libérer plus d'argent entre les mains du «couple» séparé ou divorcé afin de relever le niveau de la contribution alimentaire destinée aux enfants — est un objectif urgent et réel, mais le régime n'atteint pas cet objectif dans une mesure proportionnelle. Même si le régime a un lien rationnel avec son objectif, il se situe à l'extérieur d'une gamme raisonnable de moyens de rechange moins attentatoires qui s'offrent au gouvernement. Le gouvernement n'a pas prouvé qu'il y a partage juste et équitable entre les deux personnes du bénéfice accordé au «couple» séparé ou divorcé. La distribution inégale à l'origine ne sera corrigée par une répartition égale que si le conjoint non gardien y consent de bonne grâce ou si, et c'est une hypothèse peu probable, le droit de la famille parvient à comprendre, à prévoir et à appliquer intégralement les principes de l'analyse des incidences fiscales. D'autres solutions pourraient permettre d'atteindre plus efficacement cet objectif. En outre, les effets préjudiciables de la distinction attaquée en dépassent les effets bénéfiques. Le fait que le régime inclusion/déduction entraîne souvent un désavantage réel au sein même du groupe qu'il cherche à aider n'est pas contrebalancé par le dégrèvement fiscal net qu'il procure fréquemment aux couples. Par conséquent, l'al. 56(1)(b) devrait être déclaré invalide à l'égard de la prestation alimentaire des enfants. Il y aurait lieu d'ordonner la suspension des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité pour une période de 12 mois, pour permettre au législateur d'instaurer un autre régime moins discriminatoire. Il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la constitutionnalité de l'al. 60(b) LIR.

Jurisprudence

Cité par les juges Cory et Iacobucci

Arrêts mentionnés: *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695.

By Gonthier J.

Distinguished: *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; **referred to:** *Droit de la famille—1488*, J.E. 91-1753; *Parker v. Parker*, [1988] O.J. No. 749 (Q.L.); *Chelmick v. Chelmick* (1991), 118 A.R. 385; *Lehmann v. Lehmann* (1989), 95 A.R. 383; *Treen v. Treen* (1991), 88 Sask. R. 278; *Girard v. Girard* (1990), 103 N.B.R. (2d) 377; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Gagnon v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 264; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Hodson v. The Queen*, [1988] 1 C.T.C. 2; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3.

By McLachlin J. (dissenting)

Miron v. Trudel, [1995] 2 S.C.R. 418; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Egan v. Canada, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Schaff v. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2695; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15.
Civil Code of Lower Canada, art. 30.
Civil Code of Quebec, S.Q. 1980, c. 39, arts. 635, 638 [repl. 1987, c. 105, s. 1].
Civil Code of Quebec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 33, 587, 590 [am. 1992, c. 57, s. 305].
Divorce Act, 1985, S.C. 1986, c. 4.
Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8.
Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15(5), (8a).

Citée par le juge Gonthier

Distinction d'avec les arrêts: *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; **arrêts mentionnés:** *Droit de la famille—1488*, J.E. 91-1753; *Parker c. Parker*, [1988] O.J. No. 749 (Q.L.); *Chelmick c. Chelmick* (1991), 118 A.R. 385; *Lehmann c. Lehmann* (1989), 95 A.R. 383; *Treen c. Treen* (1991), 88 Sask. R. 278; *Girard c. Girard* (1990), 103 R.N.-B. (2^e) 377; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Gagnon c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 264; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Hodson v. The Queen*, [1988] 1 C.T.C. 2; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Miron c. Trudel, [1995] 2 R.C.S. 418; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Egan c. Canada, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Schaff c. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2695; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15.
Code civil du Bas-Canada, art. 30.
Code civil du Québec, L.Q. 1980, ch. 39, art. 635, 638 [rempl. 1987, ch. 105, art. 1].
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 33, 587, 590 [mod. 1992, ch. 57, art. 305].
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 3a), 56(1)(b), 60b), 118(1)b) [aj. 1988, ch. 55, art. 92], d) [*idem*], (5) [*idem*], 122.2 [aj. 1978-79, ch. 5, art. 4; mod. 1980-81-82-83, ch. 47, art. 24; ch. 48, art.

Family Allowances Act, R.S.C., 1985, c. F-1 [rep. 1992, c. 48, s. 31], s. 7(1).
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 3(a), 56(1)(b), 60(b), 118(1)(b) [ad. 1988, c. 55, s. 92], (d) [idem], (5) [idem], 122.2 [ad. 1978-79, c. 5, s. 4; am. 1980-81-82-83, c. 47, s. 24; c. 48, s. 67; c. 140, s. 83; am. 1984, c. 1, s. 65; am. 1986, c. 6, s. 67; c. 44, s. 1; am. 1988, c. 55, s. 97].
Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9.

Authors Cited

Canada. Department of Justice. Bureau of Review. *Evaluation of the Divorce Act — Phase II: Monitoring and Evaluation*. Ottawa: Department of Justice, 1990.
 Canada. Department of National Revenue. Taxation. Interpretation Bulletin IT-307R2, "Registered Retirement Savings Plan for Taxpayer's Spouse", July 12, 1984.
 Canadian Institute for Research and the Steering Committee. *Matrimonial Support Failures: Reasons, Profiles and Perceptions of Individuals Involved*. Edmonton: Institute of Law Research and Reform, 1981.
 Chambers, David L. *Making Fathers Pay: The Enforcement of Child Support*. Chicago: University of Chicago Press, 1979.
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd éd. Cowansville: Yvon Blais, 1991.
 Durnford, John W., and Stephen J. Toope. "Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation" (1994), 42 *Can. Tax J.* 1.
 Eichler, Margrit. "The Limits of Family Law Reform or, The Privatization of Female and Child Poverty" (1991), 7 *C.F.L.Q.* 59.
 Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee. *The Financial Implications of Child Support Guidelines: Research Report*. Ottawa: The Committee, May 1992.
House of Commons Debates, vol. V, 3rd sess., 19th Parl., July 17, 1942, pp. 4360-61.
 La Novara, Pina. *A Portrait of Families in Canada*. Ottawa: Statistics Canada, 1993.
 Maclean, Mavis, and John M. Eekelaar. "The Economic Consequences of Divorce for Families with Children". In John M. Eekelaar and Sanford N. Katz, eds., *The Resolution of Family Conflicts: Comparative Legal Perspectives*. Toronto: Butterworths, 1984, 488.

67; ch. 140, art. 83; mod. 1984, ch. 1, art. 65; mod. 1986, ch. 6, art. 67; ch. 44, art. 1; mod. 1988, ch. 55, art. 97].
Loi de 1985 sur le divorce, S.C. 1986, ch. 4.
Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9.
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 15(5), (8)a).
Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8.
Loi sur les allocations familiales, L.R.C. (1985), ch. F-1 [abr. 1992, ch. 48, art. 31], art. 7(1).

Doctrine citée

Canada. Ministère de la Justice. Bureau de l'examen. *Évaluation de la Loi sur le divorce — Étape II: Contrôle et évaluation*. Ottawa: Ministère de la Justice, 1990.
 Canada. Ministère du Revenu national. Impôt. Bulletin d'interprétation IT-307R2, «Régime enregistré d'épargne-retraite pour le conjoint d'un contribuable», 12 juillet 1984.
 Canadian Institute for Research and the Steering Committee. *Matrimonial Support Failures: Reasons, Profiles and Perceptions of Individuals Involved*. Edmonton: Institute of Law Research and Reform, 1981.
 Chambers, David L. *Making Fathers Pay: The Enforcement of Child Support*. Chicago: University of Chicago Press, 1979.
 Comité fédéral/provincial/territorial sur le droit de la famille. *Les incidences économiques des règles de fixation des pensions alimentaires pour enfants: rapport de recherche*. Ottawa: Le Comité, mai 1992.
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.
Débats de la Chambre des communes, vol. V, 3^e sess., 19^e Lég., 17 juillet 1942, pp. 4505 et 4506.
 Durnford, John W., and Stephen J. Toope. «Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation» (1994), 42 *Can. Tax J.* 1.
 Eichler, Margrit. «The Limits of Family Law Reform or, The Privatization of Female and Child Poverty» (1991), 7 *C.F.L.Q.* 59.
 La Novara, Pina. *Un portrait des familles au Canada*. Ottawa: Statistiques Canada, 1993.
 Maclean, Mavis, and John M. Eekelaar. «The Economic Consequences of Divorce for Families with Children». In John M. Eekelaar and Sanford N. Katz, eds., *The Resolution of Family Conflicts: Comparative Legal Perspectives*. Toronto: Butterworths, 1984, 488.

McLindon, James B. "Separate But Unequal: The Economic Disaster of Divorce for Women and Children" (1987), 21 *Fam. L.Q.* 351.

Pask, E. Diane, and M. L. McCall, eds., *How Much and Why? Economic Implications of Marriage Breakdown: Spousal and Child Support*. Calgary: Canadian Research Institute for Law and the Family, 1989.

Weitzman, Lenore J. *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*. New York: Free Press, 1985.

Weston, Ruth E. "Changes in Household Income Circumstances". In Peter McDonald, ed., *Settling Up: Property and Income Distribution on Divorce in Australia*. Sydney: Prentice-Hall, 1986, 100.

Williams, R. James. "Quantification of Child Support" (1989), 18 *R.F.L.* (3d) 234.

Wishik, Heather Ruth. "Economics of Divorce: An Exploratory Study" (1986), 20 *Fam. L.Q.* 79.

Zweibel, Ellen B. "*Thibaudeau v. R.*: Constitutional Challenge to the Taxation of Child Support Payments" (1994), 4 *N.J.C.L.* 305.

Zweibel, Ellen B., and Richard Shillington. *Child Support Policy: Income Tax Treatment and Child Support Guidelines*. Toronto: Policy Research Centre on Children, Youth and Families, 1993.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1994] 2 F.C. 189, 94 D.T.C. 6230, [1994] 2 C.T.C. 4, 167 N.R. 161, 114 D.L.R. (4th) 261, 21 C.R.R. (2d) 35, 3 R.F.L. (4th) 153, allowing the respondent's application for judicial review and setting aside a decision of the Tax Court of Canada, 92 D.T.C. 2111, [1992] 2 C.T.C. 2497. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

Jean-Marc Aubry, Q.C., Carole Johnson and Guy Laperrière, for the appellant.

Michel C. Bernier, Richard Bourgault, Pierre Rioux and Bryan O'Gallagher, for the respondent.

Monique Rousseau, René Bourassa and Judith Kucharsky, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Mary Eberts and Steve Tenai, for the intervener SCOPE.

McLindon, James B. «Separate But Unequal: The Economic Disaster of Divorce for Women and Children» (1987), 21 *Fam. L.Q.* 351.

Pask, E. Diane, and M. L. McCall, eds., *How Much and Why? Economic Implications of Marriage Breakdown: Spousal and Child Support*. Calgary: Canadian Research Institute for Law and the Family, 1989.

Weitzman, Lenore J. *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*. New York: Free Press, 1985.

Weston, Ruth E. «Changes in Household Income Circumstances». In Peter McDonald, ed., *Settling Up: Property and Income Distribution on Divorce in Australia*. Sydney: Prentice-Hall, 1986, 100.

Williams, R. James. «Quantification of Child Support» (1989), 18 *R.F.L.* (3d) 234.

Wishik, Heather Ruth. «Economics of Divorce: An Exploratory Study» (1986), 20 *Fam. L.Q.* 79.

Zweibel, Ellen B. «*Thibaudeau v. R.*: Constitutional Challenge to the Taxation of Child Support Payments» (1994), 4 *N.J.C.L.* 305.

Zweibel, Ellen B., and Richard Shillington. *Child Support Policy: Income Tax Treatment and Child Support Guidelines*. Toronto: Policy Research Centre on Children, Youth and Families, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1994] 2 C.F. 189, 94 D.T.C. 6230, [1994] 2 C.T.C. 4, 167 N.R. 161, 114 D.L.R. (4th) 261, 21 C.R.R. (2d) 35, 3 R.F.L. (4th) 153, qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'intimée et annulé une décision de la Cour canadienne de l'impôt, 92 D.T.C. 2098, [1992] 2 C.T.C. 2497. Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

Jean-Marc Aubry, c.r., Carole Johnson et Guy Laperrière, pour l'appelante.

Michel C. Bernier, Richard Bourgault, Pierre Rioux et Bryan O'Gallagher, pour l'intimée.

Monique Rousseau, René Bourassa et Judith Kucharsky, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Mary Eberts et Steve Tenai, pour l'intervenant SCOPE.

Katherine Hardie and Gwen Brodsky, for the interveners the Coalition.

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

SOPINKA J. — I agree with Gonthier J. and with Cory and Iacobucci JJ. that the impugned provisions of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, do not impose a burden or withhold a benefit so as to attract the application of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Accordingly, I would dispose of the appeal as suggested by Gonthier J.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — Although I agree with the result reached in the instant case by McLachlin J. as well as with a great part of her analysis, I arrive at this conclusion somewhat differently, given the s. 15 framework that I have set out in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513. Accordingly, I prefer to focus on the group adversely affected by the distinction as well as on the nature of the interest affected, rather than on the grounds of the impugned distinction. As in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, the following remarks apply the framework I set out in *Egan* to the facts of this case.

Section 56(1)(b) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 (“ITA”), requires that a person who receives spousal or child support payments pursuant to a decree, order, judgment or written agreement include those payments within his or her taxable income. To some extent, it mirrors s. 60(b) ITA, which permits the payor of such sums to deduct these sums from taxable income. Together, these two provisions comprise what is commonly known as the inclusion/deduction scheme. Whereas the general principle underlying the ITA is that income is taxable in the hands of the person who earns it, ss. 56(1)(b) and 60(b)

Katherine Hardie et Gwen Brodsky, pour l'intervenante la Coalition.

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

LE JUGE SOPINKA — Je suis d'accord avec la conclusion du juge Gonthier ainsi que des juges Cory et Iacobucci que les dispositions contestées de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, n'imposent pas de fardeau ni ne prive d'un bénéfice, et ne peuvent donc donner lieu à l'application du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par conséquent, je trancherais le pourvoi de la façon proposée par le juge Gonthier.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Bien que je sois d'accord avec le résultat auquel parvient le juge McLachlin en l'espèce et que je souscrive en grande partie à son analyse, j'arrive à cette conclusion par une voie quelque peu différente, étant donné le cadre d'analyse de l'art. 15 que j'ai établi dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513. Par conséquent, je préfère mettre l'accent sur le groupe auquel la distinction contestée cause préjudice ainsi que sur la nature du droit touché plutôt que sur les motifs de cette distinction. Comme dans l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, les observations qui suivent appliquent aux faits de la présente affaire le cadre d'analyse que j'ai élaboré dans l'arrêt *Egan*.

L'alinéa 56(1)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 («LIR») requiert que le contribuable inclue dans le calcul de son revenu imposable le montant de toute somme reçue en vertu d'un arrêt, d'une ordonnance, d'un jugement ou d'un accord écrit, à titre de pension alimentaire pour lui-même ou pour ses enfants. Dans une certaine mesure, cette disposition est le pendant de l'al. 60(b) LIR, lequel permet à celui qui verse une telle pension de la déduire de son revenu imposable. Prises ensemble, ces deux dispositions forment ce qu'il est convenu d'appeler le régime d'inclusion/déduction. Alors que le principe géné-

1

2

3

render income for child support taxable only in the hands of the person who spends it.

ral fondant la LIR veut que l'obligation fiscale soit assumée par la personne qui gagne le revenu, l'effet des al. 56(1)b) et 60b) est de rendre imposable le revenu provenant de pensions alimentaires destinées aux enfants, uniquement entre les mains de la personne qui le dépense.

4 The question before this Court is whether s. 56(1)(b), the inclusionary half of the inclusion/deduction regime, violates s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether it can be saved under s. 1. It must be underlined at this juncture that the present challenge to s. 56(1)(b) ITA arises only in respect of the inclusion of child support payments. It is not necessary for this Court to address the constitutionality of this provision in relation to its treatment of spousal support nor, for that matter, the constitutionality of s. 60(b) ITA.

La Cour doit décider si l'al. 56(1)b), la disposition relative à l'inclusion du régime d'inclusion/déduction, viole le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, le cas échéant, s'il peut être sauvegardé par l'article premier. Je dois souligner, ici, que la contestation en l'espèce de l'al. 56(1)b) LIR ne vise que l'inclusion des pensions alimentaires destinées aux enfants. La Cour n'a pas à examiner la constitutionnalité de la disposition quant à la pension alimentaire destinée au conjoint, pas plus qu'elle n'a à statuer, d'ailleurs, sur la constitutionnalité de l'al. 60b) LIR.

A. Section 15 of the Charter

A. L'article 15 de la Charte

5 In *Egan*, I set out the following factors that must be established by a rights claimant before the impugned distinction will be found to be discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Charter*: (1) there must be a legislative distinction; (2) this distinction must result in a denial of one of the four equality rights on the basis of the rights claimant's membership in an identifiable group; and (3) this distinction must be "discriminatory" within the meaning of s. 15.

Dans l'arrêt *Egan*, j'ai énuméré les facteurs dont la personne qui revendique des droits doit établir l'existence pour qu'une distinction contestée puisse être jugée discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte*: (1) une distinction créée par la loi, (2) le fait que cette distinction la prive de l'un des quatre droits à l'égalité sur le fondement de son appartenance à un groupe identifiable, (3) le fait que cette distinction est «discriminatoire» au sens de l'art. 15.

6 At the outset, I feel it important to underline a point which attracted the unanimous agreement of this Court in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695. At page 753, Iacobucci J. underlined that the ITA is no less subject to scrutiny under s. 15 of the *Charter* than any other statute, and that a deferential approach is not appropriate at any stage earlier than the s. 1 analysis. Inequality is inequality and discrimination is discrimination, whatever the legislative source. To water down one's analysis of a legislative distinction or burden merely because it arises in a statute which makes many other distinctions is antithetical to the broad and purposive approach to s. 15 of the *Charter* which this Court has repeatedly endorsed. This being said, I now

Il me paraît important, au départ, de souligner un point qui a recueilli l'assentiment unanime de notre Cour dans l'arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695. Le juge Iacobucci a souligné (à la p. 753) que la LIR peut être soumise, comme toutes les autres lois, à l'examen fondé sur l'art. 15, et que la déférence à leur égard n'est pas appropriée avant l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier. Peu importe sa source législative, l'inégalité reste l'inégalité et la discrimination reste la discrimination. Édulcorer l'examen d'une distinction établie ou d'un fardeau imposé par une loi simplement parce que cette loi fait de nombreuses autres distinctions irait à l'encontre de l'analyse large et fondée sur l'objet visé, que notre Cour a adoptée

turn to each of the three stages of s. 15 analysis enumerated above.

1. *Is There a Legislative Distinction?*

Premised upon the assumption that the custodial spouse will always have a lower income — and therefore a lower marginal tax rate — than the non-custodial spouse, the inclusion/deduction system is ostensibly intended to alleviate the overall tax burden on separated or divorced couples in order to free up more money for child and spousal support obligations. In advancing this purpose, s. 56(1)(b) ITA makes many layers of distinctions. It distinguishes between parents who are separated or divorced and persons who are not. Within the former group, it further distinguishes between persons who pay and receive support payments “pursuant to a decree, order or judgment . . . or pursuant to a written agreement” and those who do not. Amongst those whose support payment arrangement falls within the definition given in the ITA, a further distinction is drawn between those who receive child support and those who pay child support. These distinctions are, in many ways, inextricable from one another. It would therefore be artificial to single out any one distinction without looking to the effects of the others.

The more important question, then, is to decide whether this combination of distinctions has the effect of imposing a benefit or burden unequally on the basis of one’s membership in an identifiable group.

2. *Do the Distinctions Result in a Denial of One of the Four Equality Rights on the Basis of the Rights Claimant’s Membership in an Identifiable Group?*

At the outset, I must emphasize that although the legislation purports to confer a tax benefit upon separated or divorced couples who are parties to a child support arrangement, and although Ms.

de façon constante dans l’interprétation de l’art. 15. Cette précision faite, passons à l’examen de chacune des trois étapes de l’analyse fondée sur l’art. 15 énumérées ci-dessus.

1. *La Loi crée-t-elle une distinction?*

Le régime d’inclusion/déduction, en posant l’hypothèse que le conjoint gardien aura toujours un revenu inférieur à celui du conjoint non gardien — et, par conséquent, un taux d’imposition marginal — vise manifestement à atténuer le fardeau fiscal global des couples séparés ou divorcés de façon à libérer plus d’argent pour les obligations alimentaires envers les enfants et le conjoint. Pour atteindre cet objectif, l’al. 56(1)(b) LIR établit plusieurs niveaux de distinctions. Il distingue d’abord les parents qui sont séparés ou divorcés des parents qui ne le sont pas. Au sein du premier groupe, il fait ensuite une distinction entre les personnes qui versent ou qui reçoivent une pension en vertu «d’un arrêt, d’une ordonnance ou d’un jugement [. . .] ou en vertu d’un accord écrit» et celles qui ne le font pas. Il établit encore une autre distinction à l’égard des personnes dont les ententes en matière de pension alimentaire sont visées par la définition énoncée dans la LIR, entre celles qui reçoivent une pension alimentaire destinée aux enfants et celles qui en paient. Toutes ces distinctions forment, à beaucoup d’égards, un ensemble inextricable. Il serait donc artificiel d’examiner une distinction en particulier sans analyser les effets qu’ont les autres distinctions.

L’important est donc de déterminer si cet ensemble de distinctions a pour effet d’octroyer un avantage ou d’imposer un fardeau de façon inégale, en fonction de l’appartenance à un groupe identifiable.

2. *Les distinctions emportent-elles la négation de l’un des quatre droits à l’égalité sur le fondement de l’appartenance à un groupe identifiable?*

J’insiste tout d’abord sur le fait que, même si la Loi a pour but d’octroyer un avantage fiscal aux couples séparés ou divorcés qui ont conclu une entente sur la pension alimentaire à verser aux

7

8

9

Thibaudeau clearly falls within this group, I must respectfully disagree with my colleagues who conclude that the appropriate unit of analysis is therefore the couple. I am in complete agreement with McLachlin J. that, notwithstanding both parents' continuing mutual obligation to support the children of the relationship, it is unrealistic to assume that they continue to function as a single unit even after they have separated or divorced. Furthermore, I note that the ITA, itself, ceases to treat divorced couples, and separated couples who were cohabiting, as a single economic or taxation unit in virtually every other respect, including such things as contributions to spousal RRSPs (see, e.g., Interpretation Bulletin IT-307R2, "Registered Retirement Savings Plan for Taxpayer's Spouse"). Recognizing that divorced or separated couples are no longer a single unit is merely acknowledging a social reality.

10 With all due respect to my colleagues, I believe that one should exercise extreme caution before defining one's unit of comparison in such a way as to raise certain types of distinction above *Charter* scrutiny. Defining the unit of analysis as the "couple" is, in my view, inconsistent with the purpose and spirit of s. 15. There is no doubt, for instance, that an unequal burden arose in the old Marital Property Acts of the nineteenth century, under which, upon marriage, the wife's assets automatically became those of the man. Yet if the only unit of analysis were taken to be the "couple", we would be precluded from looking to the effects of these provisions on each member of the couple, and we would have to conclude that they did not violate s. 15 of the *Charter*.

11 In the instant case, although the purpose of the impugned legislation may indeed be to confer net tax savings upon couples, it does not follow that its effect is experienced equally by both members of the couple. When undertaking *Charter* analysis, effect is just as important as purpose. As such, the unequal effects of the inclusion/deduction system must be studied. In particular, the effects on separated or divorced custodial parents must be com-

enfants et même si M^{me} Thibaudeau fait indéniablement partie de ce groupe, je ne puis souscrire à la conclusion de mes collègues que l'unité d'analyse est en conséquence le couple. Je partage entièrement l'opinion du juge McLachlin selon laquelle il est irréaliste de supposer que les parents, même s'ils continuent tous deux d'assumer l'obligation mutuelle de subvenir aux besoins de leurs enfants, vont continuer de fonctionner comme une entité unique après la séparation ou le divorce. Je ferais observer, en outre, qu'à presque tous les égards, y compris les cotisations au REER (voir, par exemple, le Bulletin d'interprétation IT-307R2, «Régime enregistré d'épargne-retraite pour le conjoint d'un contribuable»), la LIR elle-même cesse de traiter les couples divorcés et les couples séparés qui cohabitaient comme une seule entité économique ou fiscale. Reconnaître que les couples divorcés ou séparés ne constituent plus une entité unique, c'est tout simplement tenir compte d'une réalité sociale.

En toute déférence pour mes collègues, j'estime qu'il faut être extrêmement prudent avant de définir un point de comparaison d'une façon qui soustrait certains types de distinctions à l'examen fondé sur la *Charte*. À mon avis, il n'est pas conforme à l'esprit et à l'objectif de l'art. 15 de définir l'unité d'analyse comme le «couple». Il ne fait aucun doute, par exemple, que la législation du XIX^e siècle sur les biens matrimoniaux imposait un fardeau inéquitable car, au moment du mariage, les biens de l'épouse passaient automatiquement à l'époux. Pourtant si la seule unité d'analyse avait été le «couple», cela nous aurait empêchés d'examiner les effets de ces dispositions sur chaque membre du couple et nous aurions dû conclure qu'elles ne violaient pas l'art. 15 de la *Charte*.

En l'espèce, même s'il se peut que l'objectif législatif poursuivi consiste à conférer un dégrèvement fiscal net aux couples visés, cela ne signifie pas que les deux membres du couple en jouissent de façon égale. Dans l'analyse fondée sur la *Charte*, l'effet a tout autant d'importance que l'objectif. C'est pourquoi il faut examiner les inégalités qui résultent du régime d'inclusion/déduction. Il faut, plus particulièrement, comparer les effets

pared with the effects on separated or divorced non-custodial parents.

According to the government's own figures for the 1991 taxation year, the inclusion/deduction system permitted non-custodial spouses to deduct \$661 million from their provincial and federal income taxes while \$331 million in taxes were collected from custodial spouses. Although these figures demonstrate a net tax benefit of approximately \$330 million being conferred upon divorced or separated couples, no figures are provided regarding what percentage of these tax savings were actually realized by custodial spouses, or actually went to benefit the children for whom the support is intended.

As a logical point of departure for our analysis, it is useful to examine the topography of the playing field that the inclusion/deduction scheme initially sets up, before the redistributive effects of the family law system are factored in. At this first stage, the inclusion/deduction regime can be said to create a burden in one sense and a benefit in another. The burden is the taxation of child support. By virtue of s. 56(1)(b), this burden is initially placed uniquely on the shoulders of the person in receipt of such support, who is by definition the custodial parent. The benefit, on the other hand, is the deduction of such support from one's taxable income. By virtue of s. 60(b), this benefit is initially uniquely available to the payor of such support, who is the non-custodial parent. Thus, the "playing field" initially created by the inclusion/deduction regime imposes a tax burden uniquely on custodial spouses, and confers a tax benefit uniquely on non-custodial spouses.

My colleagues conclude that any difficulties with respect to the equitable division of both the benefits and burdens of this scheme are attributable to, and susceptible to correction by, the family law system, rather than originating in the inclusion/deduction regime itself. They, therefore, con-

respectifs du système sur les parents séparés ou divorcés qui ont la garde des enfants et sur les parents séparés ou divorcés non gardiens.

Les propres données du gouvernement pour l'année d'imposition 1991 révèlent que le régime d'inclusion/déduction a permis aux conjoints non gardiens de réclamer des déductions d'impôt, aux échelons fédéral et provinciaux, se chiffrant à 661 millions de dollars, alors que les parents gardiens ont payé 331 millions de dollars d'impôt. Certes, ces chiffres indiquent que les couples séparés ou divorcés ont joui d'un avantage fiscal net d'environ 330 millions de dollars, mais il n'existe aucune donnée sur le pourcentage de ce dégrèvement fiscal que les conjoints gardiens ont effectivement touché ou qui a effectivement bénéficié aux enfants, à qui la prestation alimentaire est destinée.

Il convient, en toute logique, de commencer notre analyse par l'examen du terrain déterminé initialement par le régime d'inclusion/déduction avant de faire intervenir les effets redistributifs découlant de l'application du droit de la famille. Au premier stade de l'analyse, on peut dire que le régime d'inclusion/déduction procure un avantage d'un côté et impose un fardeau de l'autre. Le fardeau réside dans l'assujettissement à l'impôt des pensions alimentaires destinées aux enfants. L'alinéa 56(1)b) a pour effet de ne faire assumer initialement ce fardeau que par la personne qui reçoit la pension alimentaire, cette personne étant par définition le parent gardien. Quant à l'avantage, il s'agit de la possibilité de déduire le montant de cette pension du revenu imposable, possibilité qui, sous le régime de l'al. 60b), n'est initialement offerte qu'à la personne qui la verse, c'est-à-dire le parent non gardien. Le «terrain» initialement créé par le régime d'inclusion/déduction comporte donc l'imposition d'un fardeau fiscal aux seuls conjoints gardiens et l'octroi d'un avantage fiscal aux seuls conjoints non gardiens.

Mes collègues estiment que les problèmes liés au partage équitable des avantages et des fardeaux découlant de ce régime ne sont pas imputables au système inclusion/déduction, mais qu'ils relèvent plutôt du droit de la famille et peuvent être corrigés par celui-ci. Ils concluent ainsi que les dispo-

12

13

14

clude that the ITA provisions that create this net subsidy do not impose a burden within the meaning of s. 15 of the *Charter*.

15 While I agree that the effects of the family law system are relevant to this inquiry because they are incorporated by reference into the inclusion/deduction regime, I respectfully disagree with their conclusion for two reasons. First, on both a practical and theoretical level, I do not believe that the family law system is capable of remedying the initial unequal distribution effectuated by the inclusion/deduction system. Second, even if the family law system were up to the task, I believe that it would only address the symptoms of the inequality, rather than its source.

(a) The Role of the Family Law System

16 In order to understand fully the interaction between the family law system and the inclusion/deduction regime, as well as the limits of the family law's capacity to redistribute equitably the burdens and benefits under that regime, it is necessary to isolate two different dynamics.

17 The first dynamic is the "gross-up". When the custodial spouse receives income in the form of child support, she must add these receipts to her income and pay tax on them. Since any tax paid on child support will reduce the quantum of that support by the amount of the tax, it is necessary for a judge to "gross up" the support award by the amount of tax payable in order that the financial needs of the child may be fully met. Any "gross-up" that compensates for less than the entire amount of the tax payable on the child support will reduce the effective value of the child support, and will, therefore, constitute an additional burden on the custodial spouse which is not shared by the non-custodial spouse.

18 Furthermore, we must recall that the custodial spouse is already taxable on all of her other income, including that part of her own financial contribution to the children's financial needs. Child support payments represent the non-custodial spouse's fair share of the financial needs of

sitions de la LIR créant cette subvention nette n'imposent pas un fardeau au sens de l'art. 15 de la *Charte*.

Je conviens qu'il est pertinent de tenir compte des incidences du droit de la famille en l'espèce, parce qu'elles sont incorporées par renvoi dans le régime d'inclusion/déduction, mais je ne puis souscrire à leur conclusion pour deux raisons. En premier lieu, il me paraît douteux, tant du point de vue pratique que théorique, que le droit de la famille puisse corriger le caractère inéquitable du partage initial opéré par le régime d'inclusion/déduction. En second lieu, même si le droit de la famille pouvait corriger la situation, je crois qu'il traiterait les symptômes de l'inégalité sans aller à sa source.

a) Le rôle du droit de la famille

Il faut, pour bien comprendre l'interaction entre le droit de la famille et le régime d'inclusion/déduction ainsi que les limites du droit de la famille en matière de partage équitable des fardeaux et des avantages découlant de ce régime, isoler deux dynamiques différentes.

La première est celle de la «majoration». Lorsque le conjoint gardien touche un revenu sous forme d'une pension alimentaire destinée aux enfants, il doit l'inclure dans son revenu et acquitter l'impôt y afférent. Comme tout paiement d'impôt sur la pension a nécessairement pour effet de la réduire d'autant, il faut que le juge qui détermine le montant de la pension la majore du montant de l'impôt à payer pour qu'elle puisse subvenir entièrement aux besoins de l'enfant visé. Toute «majoration» qui ne couvre pas intégralement le montant de l'obligation fiscale afférente à la pension réduit sa valeur réelle et fait donc assumer au conjoint gardien un fardeau supplémentaire qui n'est pas partagé avec le conjoint non gardien.

Il ne faut pas oublier, non plus, que le conjoint gardien paie déjà de l'impôt sur tous ses autres revenus, y compris sa propre contribution aux besoins financiers des enfants. En versant une pension alimentaire pour ses enfants, le conjoint non gardien acquitte sa juste part de l'obligation de

the children. Thus, any failure to “gross up” child support fully for tax payable on the child support payments results in the custodial spouse paying some of the non-custodial spouse’s tax, since that tax relates uniquely to the non-custodial spouse’s portion of the child support obligation.

The second dynamic is the “upside-down subsidy”. The value of the tax deduction of child support to the payor depends upon the payor’s marginal tax rate. Similarly, the cost of inclusion in taxable income of child support depends upon the recipient’s marginal tax rate. Where the marginal tax rate of the payor is higher than the marginal tax rate of the recipient, then net tax savings ensue to the couple. The fact that a deduction from revenues is worth more to a person with a high income than to a person with a low income leads to what is often referred to as an “upside-down subsidy”. The effect of the inclusion/deduction system is to confer the entire benefit of this “upside-down subsidy” on the non-custodial spouse. This benefit will only be shared with the custodial spouse or with the children in the event that a conscious redistribution is made by the judge fixing the quantum of child support, or by the good graces of the payor.

Let us now examine how the family law system addresses and compensates for these two types of dynamics, beginning with the facts of the present case.

At the original hearing, although the judge assessed the total needs of the children at between \$900 and \$1,000 per month, he awarded child support, including “gross-up” of only \$1,150. Although the judgment is unclear on this point, it would appear that the judge intended the financial needs of the children to be met entirely by Mr. Chainé, in light of the fact that his projected income as a prosthodontist was significantly higher than that of Ms. Thibaudeau. This assumption, which was made by Ms. Thibaudeau’s expert before the tax court, was in any event not chal-

subvenir à leurs besoins financiers. Lorsque la pension alimentaire n’est pas suffisamment «majorée» pour tenir compte de l’impôt à payer sur celle-ci, c’est donc le conjoint gardien qui se trouve à assumer une partie de l’obligation fiscale du conjoint non gardien, puisque cet impôt ne vise que la partie de l’obligation alimentaire assumée par le conjoint non gardien.

La seconde dynamique est celle de la «subvention inversée». La valeur de la déduction fiscale liée au versement d’une pension alimentaire pour enfants dépend du taux d’imposition marginal applicable au conjoint qui la verse. De la même façon, le coût fiscal de l’inclusion du montant de la pension dans le revenu du conjoint qui la reçoit dépend du taux d’imposition marginal applicable à celui-ci. Lorsque le taux d’imposition marginal du conjoint débiteur est plus élevé que celui du conjoint créancier, le couple jouit d’un dégrèvement fiscal net. Le fait que la valeur de la déduction croisse avec le revenu de celui qui en jouit produit un phénomène qui a souvent reçu le nom de «subvention inversée». Le régime d’inclusion/déduction a pour effet de conférer l’entier avantage de cette «subvention inversée» au conjoint non gardien. Le conjoint gardien ou les enfants ne partageront cet avantage que si le juge qui fixe le montant de la pension alimentaire pour enfants le redistribue consciemment ou si le conjoint débiteur accepte de bonne grâce de les en faire profiter.

Examinons maintenant comment le droit de la famille traite ces deux dynamiques et quelles formes de compensation il prévoit, en commençant par les faits du cas qui nous occupe.

Bien que le juge chargé d’établir la pension ait estimé que les besoins totaux des enfants oscillaient entre 900 et 1 000 \$ par mois, il n’a accordé qu’une pension alimentaire de 1 150 \$, incluant la «majoration». Il semble, malgré que le jugement ne soit pas clair sur ce point, que son intention ait été de mettre l’obligation de subvenir aux besoins financiers des enfants à l’entière charge de M. Chainé, car les gains projetés de celui-ci, comme prosthodontiste, dépassaient de beaucoup ceux de Mme Thibaudeau. Quoi qu’il en soit de cette hypothèse présentée devant la Cour canadienne de l’im-

19

20

21

lenged by the government. That expert estimated that the gross-up awarded to Ms. Thibaudeau underestimated the additional tax liability attributable to the child support payments by over \$2,500 per year. Thus, the family law system undercompensated her significantly for the burden flowing from s. 56(1)(b). It goes without saying, of course, that she also did not share in the “upside-down subsidy” enjoyed uniquely by Mr. Chainé by virtue of s. 60(b) ITA.

pôt par le témoin expert de M^{me} Thibaudeau, elle n’a pas été contestée par le gouvernement. Ce témoin expert a estimé que la majoration accordée à M^{me} Thibaudeau pour tenir compte de l’obligation fiscale supplémentaire qu’elle assumerait à l’égard de la pension alimentaire destinée à ses enfants était sous-évaluée de plus de 2 500 \$ par année. L’application des règles du droit de la famille a donc eu pour résultat de sous-compenser considérablement M^{me} Thibaudeau pour le fardeau que lui imposait l’al. 56(1)b). Il va sans dire, bien sûr, qu’elle n’a pas non plus bénéficié de la «subvention inversée» à laquelle seul M. Chainé avait droit aux termes de l’al. 60b) LIR.

22

Thus, although Ms. Thibaudeau and Mr. Chainé fell within the 67 percent of couples that the government claims benefit as “couples” from the inclusion/deduction system, the regime in practice not only uniquely disadvantaged Ms. Thibaudeau by cutting into the money she had available for the children, but also uniquely enriched Mr. Chainé to the extent that he saved tax because his marginal tax rate would have been higher than that of Ms. Thibaudeau. Ironically, the trial judge who fixed the child support award recognized that a disproportionate percentage of the financial burden was being imposed upon Ms. Thibaudeau as a result of the inclusion/deduction regime:

Ainsi, même si M^{me} Thibaudeau et M. Chainé faisaient partie du 67 pour cent des couples qui, selon le gouvernement, profitent comme «couples» du régime d’inclusion/déduction, il n’en reste pas moins, en pratique, que les désavantages de ce système ont touché uniquement M^{me} Thibaudeau, qui a subi une réduction de la somme qu’elle pouvait consacrer aux enfants, et que les avantages ont profité uniquement à M. Chainé, dans la mesure où il payait moins d’impôt parce que son taux d’imposition marginal était supérieur à celui de M^{me} Thibaudeau. Ironiquement, le juge qui a établi la pension alimentaire des enfants a reconnu que le régime d’inclusion/déduction imposait à M^{me} Thibaudeau un pourcentage disproportionné du fardeau financier:

[TRANSLATION] When we consider the tax impact on the payer and on the receiver of alimony payments like those under consideration here (i.e. a real cost of about 50 percent for the payer and an additional real receipt by the recipient in a similar proportion only), it appears to be fair and equitable to continue the alimony payable for the children alone at \$1,150.00 per month for the moment; in view of the tax consequences, that amount will compel the applicant to contribute to the financial support of the children, in addition to her on-going personal care of them, in a proportion which is probably higher than a simple ratio of the parties’ income would impose on her. [Emphasis added.]

Lorsque l’on considère l’effet fiscal sur le payeur et sur le receveur de versements alimentaires comme ceux ici considérés (i.e. un coût réel d’environ 50 % pour le payeur et un encaissement réel additionnel par le bénéficiaire dans une proportion similaire seulement), il apparaît juste et équitable de maintenir pour le moment la pension payable pour les enfants seuls à la somme de \$ 1 150.00 par mois; cette somme, vu les incidences fiscales, force la requérante à contribuer, en plus de ses soins personnels constants, à l’entretien financier des enfants dans une proportion probablement plus élevée que le simple rapport des revenus des parties lui imposerait. [Je souligne.]

(*Thibaudeau v. Chainé*, Sup. Ct. Mtl., No. 500-12-151837-865, December 1, 1987, at p. 15.)

(*Thibaudeau c. Chainé*, C.S. Mtl., n^o 500-12-151837-865, 1^{er} décembre 1987, à la p. 15.)

It is, therefore, absolutely indisputable that Ms. Thibaudeau suffered a significant inequality: The

Il ne fait donc aucun doute que M^{me} Thibaudeau a subi un traitement très inégal. Il faut alors de se

question then becomes, is she simply an individual who fell through the cracks of an otherwise equitable system, or is the system itself generally unequal to custodial parents as a group?

In my view, the latter view is more reflective of reality. Important systemic factors preclude the family law system from properly filling the lacuna left by the inclusion/deduction provisions of the ITA.

To begin with, the objective of the inclusion/deduction scheme is, in some respects, substantially at odds with important facets of the family law system. While the family law system, and society generally, encourages custodial parents to seek out additional sources of income in a quest for self-sufficiency, it discourages the frequent applications for variation of the original support order that may be necessary in order to ensure a constant and complete "gross-up". Recall, however, that whenever the gross-up is less than perfect, the custodial spouse is essentially paying tax on the non-custodial spouse's fair share of the child support responsibilities.

In addition to the fact that success is far from guaranteed in variation proceedings, the costs alone of such court actions may easily outweigh the benefits of the additional gross-up, and may thereby act as a significant disincentive to custodial parents who are shouldering more than their fair share of the tax burden of child support. The process of applying for and successfully obtaining such variations may be complicated by the fact that judges, who set original support orders, frequently fail to provide a precise financial breakdown so that others will know how, or whether, they calculated the appropriate gross-up for taxes.

The human elements at work also cannot be ignored. A custodial spouse may quite reasonably fear that seeking additional gross-ups may antago-

demander si elle est simplement une victime individuelle des lacunes d'un système par ailleurs équitable ou si le système lui-même est généralement discriminatoire à l'égard des parents gardiens en tant que groupe.

J'estime que le deuxième élément de l'alternative décrit mieux la réalité. D'importants facteurs systémiques empêchent le droit de la famille de combler efficacement les lacunes laissées par les dispositions de la LIR établissant le régime d'inclusion/déduction.

D'abord, le but poursuivi par ce régime s'écarte substantiellement, à certains égards, d'importants aspects du droit de la famille. Le droit de la famille, et la société en général, encouragent les parents gardiens à rechercher des sources de revenu supplémentaires pour accéder à l'indépendance financière, mais non à s'adresser régulièrement aux tribunaux pour faire modifier l'ordonnance alimentaire initiale, démarche qui, pourtant, serait nécessaire pour assurer une «majoration» constante et suffisante. Il faut garder en mémoire, cependant, que dès que la majoration n'est pas adéquate, le conjoint gardien paie essentiellement l'impôt afférent à la juste part du conjoint non gardien à la pension alimentaire des enfants.

Ce qu'il en coûte pour demander la modification d'une ordonnance alimentaire, sans compter l'imprévisibilité de son résultat, peut facilement excéder les avantages liés à toute majoration supplémentaire et produire, par le fait même, un effet dissuasif sur les parents gardiens qui assument plus que leur juste part du fardeau fiscal lié aux pensions alimentaires destinées aux enfants. La demande et l'obtention d'une telle modification se trouvent encore compliquées du fait qu'il arrive souvent que les juges établissant la pension alimentaire initiale ne ventilent pas précisément leur ordonnance, de sorte que les intervenants subséquents dans le dossier ne peuvent voir les calculs qui ont été faits, le cas échéant, pour déterminer le montant de majoration approprié.

Il importe également de tenir compte des facteurs humains. Le conjoint gardien peut avoir tout à fait raison de craindre de susciter l'hostilité du

23

24

25

26

nize the non-custodial parent. Alternatively, especially if the relationship between the parents is not good, she may prefer greater poverty than suffering the indignity of having to ask for more money for an adequate gross-up, even though that money is rightfully hers (or the children's).

27 To recapitulate, the custodial parent striving to become self-sufficient must wage an unremitting and costly battle, both emotionally and in the family law system, to avoid absorbing personally part of the non-custodial parent's tax liabilities on his fair share of the child support obligation. At the same time, the non-custodial parent who pays child support will generally and effortlessly receive the full income tax benefit of these payments, featuring the full "upside-down subsidy" as well as the benefits of whatever portion of the gross-up which the custodial spouse, for whatever reason, has had to absorb.

28 Moreover, according to the government's own figures, the inclusion/deduction regime acts to the net detriment of the "couple" in 29 percent of all cases. Although the loss of tax credits may play some role in this phenomenon, this situation generally arises in circumstances where the marginal tax rate of the payor is lower than that of the recipient. The following extract from E. B. Zweibel and R. Shillington, *Child Support Policy: Income Tax Treatment and Child Support Guidelines* (1993), sets out (at p. 17) an important problem that may arise in such circumstances:

Family law determines child support based on the children's needs and the parent's relative abilities to meet those needs. In some cases, the child support is then adjusted for income tax. When the custodial mother's tax liability exceeds the father's tax savings, the tax adjustment becomes more problematic and less likely. The father's tax savings can no longer be used to persuade him to pay a fully grossed-up award. If the father indemnifies the mother for her tax liability, the effect on his disposable income is greater than he anticipated and arguably greater than he originally agreed to. But, if the support payment is not fully grossed up, then the effective value of the child support payment is con-

parent non gardien en demandant une majoration supplémentaire. Ou bien, il peut, en particulier si la relation est tendue, préférer endurer une plus grande pauvreté que l'humiliation d'avoir à demander plus d'argent pour toucher la majoration adéquate, même s'il peut légitimement y prétendre (pour lui ou pour les enfants).

En résumé, le parent gardien s'efforçant d'atteindre à l'indépendance financière livre sans répit un combat coûteux, tant sur le plan psychologique que sur le plan du droit de la famille, pour éviter d'avoir à absorber lui-même une partie de l'obligation fiscale du parent non gardien afférente à sa juste part de l'obligation alimentaire envers les enfants. Le parent non gardien, lui, paie la pension alimentaire pour enfants et, de façon générale, reçoit sans effort l'entier avantage fiscal lié à ces versements, dont la totalité de la «subvention inversée», en plus de profiter de toute partie de la majoration que le conjoint gardien a dû, pour une raison ou pour une autre, absorber.

Suivant les propres données du gouvernement, de plus, le régime d'inclusion/déduction porte préjudice aux «couples» dans 29 pour 100 des cas. Bien qu'on puisse expliquer en partie ce phénomène par la perte de crédits d'impôt, il se manifeste généralement lorsque le taux d'imposition marginal du conjoint versant la pension est inférieur à celui du conjoint qui la reçoit. E. B. Zweibel et R. Shillington définissent, dans le passage suivant de *Child Support Policy: Income Tax Treatment and Child Support Guidelines* (1993), le grave problème qui peut se poser dans cette situation (à la p. 17):

[TRADUCTION] Le montant des pensions alimentaires destinées aux enfants est déterminé en droit de la famille en fonction des besoins des enfants et de la capacité respective des parents de subvenir à ces besoins. Dans certains cas, la pension alimentaire destinée aux enfants est rajustée aux fins de l'impôt sur le revenu. Lorsque l'obligation fiscale de la mère ayant la garde des enfants excède le dégrèvement d'impôt dont bénéficie le père, le rajustement fiscal devient plus problématique et moins susceptible d'être effectué. On ne peut plus invoquer le dégrèvement d'impôt dont bénéficie le père pour le persuader de verser un montant pleinement majoré. Si le père indemnise la mère relativement à son

siderably diminished. The custodial mother receives less child support than she originally anticipated and is left to make up any shortfall. [Emphasis added.]

In such circumstances, although the non-custodial parent does not benefit from any “upside-down subsidy”, the custodial spouse will, nonetheless, experience an unequal burden whenever the “gross-up” is not fully compensated for.

Zweibel and Shillington go on to observe that even where the custodial parent’s marginal tax rate is lower than that of the non-custodial parent, such that the “couple” as a whole will benefit, many factors exist to prevent the family law system, as a practical matter, from ensuring that this benefit will be divided equitably (at p. 17):

Under the right circumstances, the deduction/inclusion provisions can provide a beneficial subsidy to separated and divorced families. The payor’s tax savings must exceed the recipient’s tax liability. The payor and recipient must have a common goal of increasing the support available for the children and they must be assisted by accountants and lawyers.

However, circumstances are not always right The current policy . . . ignores the reality that child support is a contentious issue and that non-custodial fathers seeking to minimize their payments may not readily agree to either a gross-up or to a further sharing of any tax savings above the gross-up. The Finance Department’s rationale also ignores the number of persons who settle their child support arrangements on their own, without the assistance of lawyers or accountants, the number of lawyers and judges who rely on rough estimates and the number of cases where, despite the custodial mother’s lawyer’s careful tax calculations, the “glass ceiling” moves in to reduce the award. [Emphasis added.]

obligation fiscale, l’incidence sur son revenu net est plus importante que ce qu’il avait prévu et, pourrait-on soutenir, que ce dont il avait d’abord convenu. Toutefois, si la pension alimentaire n’est pas pleinement majorée, sa valeur réelle est grandement diminuée. La mère gardienne reçoit moins que ce qu’elle avait prévu au titre de la pension alimentaire des enfants et doit elle-même combler ce manque. [Je souligne.]

Dans ces circonstances, le conjoint gardien supporte un fardeau plus lourd lorsque la «majoration» ne l’indemnise pas intégralement, et ce, même si le parent non gardien ne tire aucun profit de la «subvention inversée».

Zweibel et Shillington signalent, plus loin (à la p. 17), que même si le taux d’imposition marginal du parent gardien est inférieur à celui du parent non gardien, ouvrant ainsi la possibilité d’un avantage pour le «couple», le droit de la famille ne réussit pas, en pratique, à répartir équitablement cet avantage. De nombreuses raisons expliquent cette incapacité:

[TRADUCTION] Dans des circonstances appropriées, les dispositions relatives à l’inclusion et à la déduction peuvent offrir un avantage aux familles dont les parents sont séparés ou divorcés. Le dégrèvement dont jouit le payeur doit excéder l’obligation fiscale du bénéficiaire. Le payeur et le bénéficiaire doivent avoir pour objectif commun d’accroître la pension alimentaire pour les enfants et, pour ce faire, ils doivent être assistés par les comptables et les avocats.

Toutefois les circonstances ne sont pas toujours appropriées. [. . .] La politique actuelle néglige [. . .] le fait que la pension alimentaire pour enfants est une question litigieuse et que les pères non gardiens qui cherchent à réduire au minimum leurs paiements peuvent ne pas volontiers convenir de majorer la pension ou de partager en outre tout dégrèvement d’impôt qui excède la majoration. Le raisonnement du ministère des Finance néglige également le nombre de personnes qui règlent le montant des pensions alimentaires pour enfants eux-mêmes, sans l’aide des avocats ou des comptables, le nombre d’avocats et de juges qui s’appuient sur des évaluations approximatives et le nombre de cas où, en dépit des calculs fiscaux minutieux de l’avocat de la mère qui a la garde, le phénomène du «plafonnement voilé» entre en jeu et réduit le montant en question. [Je souligne.]

These considerations lead me to conclude that the unequal outcome experienced by Ms. Thibaudeau is, and will continue to be, more representative than exceptional, even amongst the 67 percent of "couples" who, according to the government's figures, benefit as a whole from the inclusion/deduction regime. See, for example, *Schaff v. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2695 (T.C.C.).

Ces considérations m'incitent à conclure que l'inégalité subie par M^{me} Thibaudeau relève davantage de la norme que de l'exception et continuera de le faire, même si elle appartient à la tranche de 67 pour 100 des «couples» qui, suivant les chiffres soumis par le gouvernement, profitent en tant que couples du régime d'inclusion/déduction. Voir, par exemple, la décision *Schaff c. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2695 (C.C.I.).

30 In my respectful view, it is, therefore, virtually undeniable that the family law system is, as a practical matter, incapable of addressing to any meaningful extent the inequalities flowing from the burden imposed upon custodial spouses of an imperfect "gross-up", as well as from the benefits accruing to non-custodial spouses as a result of the "upside-down subsidy".

En toute déférence, il me semble donc presque indéniable que le droit de la famille soit, en pratique, incapable de corriger efficacement les inégalités découlant du fardeau imposé aux conjoints gardiens par une «majoration» imparfaite et des avantages dont jouissent les conjoints non gardiens en raison de la «subvention inversée».

(b) Of Sources and Symptoms

b) Sources et symptômes

31 The appellant points out that computer programs are now becoming more readily available, to assist couples in dividing equitably the tax obligations flowing from the inclusion/deduction regime. Although I have serious reservations about assuming that such software, and the expertise to use it, will be available in all cases, or even a majority of cases, I am willing to assume for the sake of argument that, notwithstanding the many impediments listed above, it would be possible for the family law system to take the tax consequences of the inclusion/deduction system perfectly into account. I shall now examine how, even in such a rarefied environment, the family law system still could not completely counteract the unequal playing field established by the inclusion/deduction regime under two types of scenarios which, in my view, are not at all uncommon.

L'appelante souligne la disponibilité croissante de logiciels qui peuvent aider les couples à répartir équitablement les obligations fiscales découlant du régime d'inclusion/déduction. En dépit des sérieuses réserves que j'éprouve à supposer que de tels logiciels, avec la connaissance requise pour les utiliser à bon escient, seront disponibles dans la totalité, voire dans la majorité des cas, je suis prête à poser pour les fins de la discussion qu'en dépit des nombreux obstacles susmentionnés, le droit de la famille pourrait être en mesure de tenir parfaitement compte des incidences fiscales du régime d'inclusion/déduction. Je m'attacherai maintenant à examiner comment, même dans un environnement aussi raréfié, le droit de la famille ne pourrait jamais corriger complètement le déséquilibre de base établi par le régime d'inclusion/déduction dans deux types de situations qui, à mon avis, ne sont pas si inhabituelles.

32 The first scenario arises in circumstances where the non-custodial parent has a low income and where the custodial parent is, as a result of the inclusion of the child support payments in her income, in a higher marginal tax bracket. We must recall that although the quantum of child support is primarily determined according to the needs of the children, it is necessarily constrained by the means

Dans la première situation, le parent non gardien a un revenu peu élevé tandis que le parent gardien, par suite de l'inclusion de la prestation alimentaire des enfants dans son revenu, se trouve dans une tranche où son taux d'imposition marginal est plus élevé. Il faut se rappeler que même s'il est établi en fonction des besoins des enfants, le montant de la prestation alimentaire est nécessairement limité

of the parties. A full gross-up to account for tax payable on needed child support will not be possible when payment of this tax liability, at the marginal rate of the custodial spouse, would bring the non-custodial parent below a minimal standard of living. In such circumstances, a court cannot gross up the award fully for tax consequences, and the custodial spouse will have to absorb that portion of the tax burden created by the inclusion/deduction scheme that the non-custodial spouse cannot pay. In other words, notwithstanding all the computer software in the world, the custodial spouse in such situations will have to pay tax on money intended to fulfil the non-custodial spouse's child support obligation.

The second type of scenario arises in circumstances involving high-income non-custodial parents. Where the marginal tax rate of the parent receiving child support is lower than that of the payor, and where the payor's income is sufficiently high that the reasonable needs of the children are already fully met by child support, then the family law system has no incentive or established mechanism to reapportion the "upside-down subsidy" enjoyed uniquely by the high income payor as a result of the difference between his marginal tax rate and that of the custodial parent. As a result, the inclusion/deduction regime confers a benefit on that non-custodial parent which is in no way shared by the custodial spouse. Essentially, it gives to the non-custodial spouse money which is not needed for child support. This type of situation will arise, I suspect, with some frequency, since it occurs whenever the amount of the "upside-down subsidy" to the payor exceeds any additional contribution required to accommodate the children's reasonable needs. On every such occasion, the non-custodial spouse will be uniquely rewarded by the existing tax system and the custodial spouse will be left out in the cold.

par les moyens financiers des parties. Il sera impossible d'ordonner la majoration intégrale nécessaire pour tenir compte de l'impôt applicable à la prestation alimentaire des enfants lorsque le versement de ce montant, correspondant à l'impôt au taux d'imposition marginal du conjoint gardien, aurait pour effet d'abaisser en deçà d'un seuil minimal le niveau de vie du parent non gardien. En pareil cas, le tribunal ne peut majorer complètement le montant accordé pour tenir compte des incidences fiscales, ce qui force le conjoint gardien à absorber cette partie du fardeau fiscal, créé par le régime d'inclusion/déduction, que le conjoint non gardien ne peut acquitter. En d'autres termes, même avec tous les meilleurs logiciels au monde, le conjoint gardien devra en pareil cas payer de l'impôt sur l'argent destiné à l'acquittement par le conjoint non gardien de son obligation alimentaire envers ses enfants.

La deuxième situation est celle de parents non gardiens qui disposent de revenus élevés. Lorsque le taux d'imposition marginal du parent prestataire est moins élevé que celui du parent payeur, et que le parent payeur dispose d'un revenu suffisamment élevé pour verser une prestation alimentaire qui répond pleinement aux besoins raisonnables des enfants, le régime du droit de la famille ne prévoit aucune mesure incitative ou autre procédure pour assurer la répartition de la «subvention inversée» dont seul profite le payeur à revenu élevé en raison de la différence entre son taux d'imposition marginal et celui du parent gardien. Par conséquent, le régime d'inclusion/déduction confère au parent non gardien un avantage qui n'est aucunement partagé par le parent gardien. Il se trouve essentiellement à donner aux conjoints non gardiens l'argent qui n'est pas nécessaire pour les aliments des enfants. Selon moi, ce type de situation se produit avec une certaine fréquence puisqu'il survient chaque fois que la somme de la «subvention inversée» touchée par le payeur excède toute contribution supplémentaire qu'il faudrait verser pour satisfaire les besoins raisonnables des enfants. En pareil cas, le conjoint non gardien sera récompensé par le régime fiscal actuel, tandis que le conjoint gardien restera en plan.

34 To summarize, even if the family law system were to operate perfectly, the net effect of the inclusion/deduction regime is to tax money away from custodial spouses whose spouses are in a lower income tax bracket than they are and, effectively, to transfer it into the hands of high-income non-custodial spouses who benefit from a tax reduction that is not necessary to meet the reasonable needs of the children. Only in the presumably rare circumstance where the child support payments are fully grossed up, the reasonable needs of the children are fully met, and the custodial parent is in a higher tax bracket than the non-custodial parent does the existing system actually have the potential to disadvantage the non-custodial parent.

35 A denial of equality does not necessarily require that all members of a group be adversely affected by the distinction. It suffices that a particular group is significantly more likely to suffer an adverse effect as a result of a legislative distinction than any other group. Applying that principle to the present context, I am satisfied that the inclusion/deduction regime is, on the whole, very likely to disadvantage custodial spouses and, concomitantly, very likely to advantage non-custodial spouses. The converse will only arise in rare circumstances. As such, I am satisfied that the regime denies custodial spouses the equal benefit of the law.

36 That this inequality stems from the ITA rather than from the family law system might perhaps be more clearly illustrated with a simple hypothetical. Let us suppose that, in a new initiative designed to respond to the high costs of maintaining separate households, the government decided to provide a net subsidy of \$1,000 to all separated couples with children in order to help them meet their childrens' financial needs. Let us further suppose that this \$1,000 net subsidy was accomplished by giving \$2,000 to the non-custodial spouse and by clawing back \$1,000 in tax from the custodial spouse. Finally, let us assume that although the new program provides that the custodial spouse may

Pour résumer, même dans l'hypothèse d'un fonctionnement parfait du droit de la famille, le régime d'inclusion/déduction a pour effet net de soutirer en impôt des sommes d'argent des conjoints gardiens dont le conjoint se trouve dans une tranche d'imposition inférieure pour les transférer en réalité aux conjoints non gardiens à revenus élevés qui profitent d'un montant de réduction de leur impôt dont ils n'ont pas besoin pour satisfaire les besoins raisonnables des enfants. Ce n'est que dans le cas, probablement rare, où les prestations alimentaires à l'enfant sont intégralement majorées, où les besoins de l'enfant sont totalement satisfaits et où le parent gardien se trouve dans une tranche d'imposition plus élevée que celle du parent non gardien que le système actuel risque de désavantager le parent non gardien.

Pour qu'il y ait négation du droit à l'égalité, il n'est pas nécessaire que tous les membres d'un groupe subissent les effets préjudiciables de la distinction. Il suffit qu'un groupe particulier soit beaucoup plus susceptible qu'un autre groupe de subir un effet préjudiciable en raison d'une distinction législative. Lorsque j'applique ce principe au contexte de la présente espèce, je conclus que le régime d'inclusion/déduction est, dans son ensemble, très susceptible de désavantager les conjoints gardiens et, corollairement, très susceptible d'avantager les conjoints non gardiens. Le contraire ne se produira que dans de rares cas. Je suis convaincue que le système prive les parents gardiens du droit à l'égalité devant la loi.

Peut-être un simple exemple hypothétique suffira-t-il à illustrer plus clairement le fait que cette inégalité découle de la LIR plutôt que du droit de la famille. Supposons que dans le cadre d'un nouveau programme conçu pour tenir compte des coûts élevés liés au maintien de deux domiciles, le gouvernement décide de fournir une subvention nette de 1 000 \$ à tous les couples séparés afin de les aider à satisfaire les besoins financiers de leurs enfants. Supposons en outre que cette subvention nette de 1 000 \$ provient de la remise d'une somme de 2 000 \$ au conjoint non gardien et du prélèvement d'un impôt de 1 000 \$ du conjoint gardien. Supposons enfin que le nouveau programme pré-

attempt to claim his or her rightful share of the net subsidy via existing procedures within the family law system, no formal mechanism is implemented to ensure the equal division of these additional benefits and liabilities. Does such a program confer an advantage upon non-custodial spouses and a disadvantage upon custodial spouses? Does it create an unequal burden or benefit?

In my view, it undeniably does. It is no answer for the government to say that the program confers a net benefit and that the only inequality is that which flows from the imperfect operation of the family law system, which should theoretically take those benefits and liabilities completely into account. To give credence to such an argument is to confuse the source of the inequality, which is attributable to the government program, with the perpetuation of the inequality, which is attributable to the family law system.

Alternatively, let us suppose that our hypothetical government program did, in fact, incorporate an express mechanism to redistribute this net subsidy appropriately between custodial and non-custodial parents, but that this mechanism was poorly tailored to the task, thereby leading to ineffective and incomplete division of the benefits and burdens flowing from the government program. Given that the source of the inequality actually lies in the initial distribution of benefits and burdens within the program itself, attacking the constitutionality of the redistribution mechanism may very well be addressing the problem at the wrong end. Although s. 15 of the *Charter* does not impose upon governments the obligation to take positive actions to remedy the symptoms of systemic inequality, it does require that the government not be the source of further inequality. Such a scheme, in my view, would constitute a source of further inequality.

The inclusion/deduction system is obviously considerably more complex than the simplistic examples given above. Though its system of tax liabilities and benefits is more masked and indi-

voit la possibilité pour le conjoint gardien de revendiquer sa quote-part de la subvention nette en recourant aux procédures actuelles du droit de la famille, mais qu'aucun mécanisme n'a été officiellement établi pour assurer le partage équitable de ces avantages et obligations supplémentaires. Un tel programme a-t-il pour effet de conférer un avantage aux conjoints non gardiens et d'imposer un désavantage aux conjoints gardiens? A-t-il pour effet de créer un fardeau ou un avantage inégal?

Selon moi, il faut sans l'ombre d'un doute répondre par l'affirmative. Le gouvernement ne peut se contenter de répondre que le programme confère un avantage net ni d'expliquer l'inégalité seulement par le fonctionnement imparfait du régime du droit de la famille, censé en principe tenir pleinement compte de ces avantages et de ces obligations. Accepter un tel argument, c'est confondre la source de l'inégalité, qui est attribuable au programme gouvernemental, avec le maintien de l'inégalité, qui est attribuable au droit de la famille.

Supposons par ailleurs que notre programme gouvernemental hypothétique a effectivement prévu un mécanisme précis de redistribution de cette subvention nette entre les parents gardiens et non gardiens, mais que ce mécanisme est inadéquat, d'où une répartition inefficace et incomplète des avantages et des obligations découlant du programme gouvernemental. Puisque l'inégalité trouve effectivement sa source dans la distribution initiale des avantages et des fardeaux au sein du programme lui-même, ce serait aborder le problème sous le mauvais angle que d'attaquer la validité constitutionnelle du mécanisme de redistribution. Même si l'art. 15 de la *Charte* n'impose pas au gouvernement l'obligation de prendre des mesures positives pour remédier aux symptômes de l'inégalité systémique, il n'en exige pas moins que celui-ci ne soit pas la source d'une plus grande inégalité. À mon avis, un tel mécanisme constituerait la source d'une plus grande inégalité.

Le régime d'inclusion/déduction est évidemment beaucoup plus complexe que les exemples simplistes que je donne. Même si son système d'assujettissement à l'impôt et de dégrèvement fis-

37

38

39

rect, and though it affects different people differently, I believe that, at the end of the day, its effect on custodial and non-custodial parents is substantially the same as that in my hypothetical:

The inclusion/deduction system starts by producing a tax savings, a "win", for the paying non-custodial parent and a tax increase, a "loss" of resources, for the custodial parent, and then does nothing to rebalance the overall picture to produce the expected higher support payments or "win" for the children. Rather than ensure a higher support payment from an overall tax savings, the system increases the vulnerability of the custodial parent, who must now bargain for the income tax gross-up in order to protect the effective value of the child support payment. [Emphasis added.]

(E. B. Zweibel, "*Thibaudeau v. R.: Constitutional Challenge to the Taxation of Child Support Payments*" (1994), 4 *N.J.C.L.* 305, at p. 342.)

A system that materially increases the vulnerability of a particular group imposes a burden on that group which violates one of the four equality rights under s. 15. With respect, I believe that my colleagues fail to take this consideration adequately into account. An analysis that looks only to whether actual harm has been suffered is too narrow, and is inconsistent with the role that s. 15 of the *Charter* is meant to play.

40

For these reasons, I am satisfied that the inclusion/deduction regime is the source of an unequal distribution of tax benefits and burdens, and that it has the significant potential to adversely affect separated or divorced custodial parents. As a result, this scheme both imposes upon separated or divorced custodial parents an unequal burden of the law and denies them the equal benefit of the law.

41

The fact that a distinction has been found to deny a person equal benefit of the law on the basis of their membership in an identifiable group does not necessarily mean that it violates the equality guarantees in the *Charter*. It remains for the rights claimant to demonstrate that the impugned distinc-

cal est plus caché et indirect, et même s'il touche diverses personnes de façon différente, je crois qu'au bout du compte, son effet sur les parents gardiens et non gardiens correspond essentiellement à celui de la situation hypothétique que je viens de décrire:

[TRADUCTION] Le régime d'inclusion/déduction commence par la réalisation d'un dégrèvement fiscal, un «gain», pour le parent non gardien et par une majoration de l'impôt, une «perte» de ressources, pour le parent gardien, puis il ne fait rien pour rééquilibrer l'ensemble afin de donner lieu à des versements plus élevés de prestation alimentaire ou à un «gain» pour les enfants. Plutôt que d'assurer une prestation alimentaire plus élevée à partir du dégrèvement fiscal global, le régime accroît la vulnérabilité du parent gardien, qui est désormais forcé de négocier une majoration du revenu pour protéger la valeur réelle de la prestation alimentaire des enfants. [Je souligne.]

(E. B. Zweibel, «*Thibaudeau v. R.: Constitutional Challenge to the Taxation of Child Support Payments*» (1994), 4 *N.J.C.L.* 305, à la p. 342.)

Un système qui accroît substantiellement la vulnérabilité d'un groupe particulier impose à ce groupe un fardeau qui viole un des quatre droits à l'égalité garantis par l'art. 15. En toute déférence, j'estime que mes collègues ne tiennent pas suffisamment compte de cette considération. Se demander uniquement si quelqu'un a subi un préjudice réel est à la fois trop restrictif et incompatible avec le rôle que doit jouer l'art. 15 de la *Charte*.

Pour ces raisons, je suis convaincue que le régime d'inclusion/déduction est la source d'une distribution inégale des avantages et fardeaux fiscaux et qu'il est très susceptible de porter préjudice aux parents gardiens séparés ou divorcés. Par conséquent, ce système réussit à la fois à imposer aux parents gardiens séparés ou divorcés un fardeau inégal et à les priver d'un partage égal des avantages en vertu de la loi.

Même s'il est reconnu qu'une distinction prive une personne de son droit au même bénéfice de la loi du fait de son appartenance à un groupe identifiable, cela ne signifie pas nécessairement que cette distinction viole le droit à l'égalité garanti par la *Charte*. Il incombe toujours au demandeur de

tion is discriminatory within the sense of s. 15 of the *Charter*.

3. *Is the Impugned Distinction Discriminatory?*

In *Egan, supra*, I noted that a distinction will be discriminatory within the meaning of s. 15 where it is capable of either promoting or perpetuating the view that the individual adversely affected by this distinction is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration. I noted, as well, that this examination should be undertaken from a subjective-objective perspective.

In order to arrive at the above determination by a principled means, I found it highly instructive to assess the discriminatory impact of the impugned legislative distinction by studying two categories of factors: the nature of the group adversely affected by the distinction, and the nature of the interest adversely affected by the distinction.

(a) The Nature of the Affected Group

As noted earlier, the group that is relevant to this inquiry is that of separated or divorced custodial parents. Separated or divorced custodial parents have suffered, and continue to suffer, considerable disadvantage in our society. Although the sources of this disadvantage are perhaps now less the result of direct social prejudices than may once have been the case, there is no denying the fact that, as McLachlin J. points out and as I underlined in *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, the breakup of relationships involving children usually marks the beginning of a precipitous descent into poverty for a significant number of custodial parents and their children. On the whole, moreover, this group is politically weak, economically vulnerable, and socially disempowered.

Another equally relevant characteristic of the group of separated or divorced custodial parents is that, although a small percentage of separated or

prouver que la distinction attaquée est discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte*.

3. *La distinction attaquée est-elle discriminatoire?*

Dans l'arrêt *Egan*, précité, j'ai fait remarquer qu'une distinction est discriminatoire au sens de l'art. 15 si elle est susceptible de favoriser ou de perpétuer l'opinion suivant laquelle l'individu lésé par cette distinction est moins capable ou ne mérite pas la même reconnaissance ou valeur en tant qu'être humain ou en tant que membre de la société canadienne qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération. J'ai noté aussi que cette analyse devrait être entreprise dans une perspective subjective-objective.

Pour parvenir à cette qualification de façon ordonnée, j'ai conclu qu'il était indiqué d'apprécier l'impact discriminatoire de la distinction législative attaquée en étudiant deux catégories de facteurs: la nature du groupe touché par la distinction, et la nature du droit lésé par la distinction.

a) La nature du groupe touché

Comme je l'ai déjà mentionné, le groupe visé par la présente analyse est celui des parents séparés ou divorcés qui ont la garde des enfants. Ces parents ont subi et continuent de subir une situation qui comporte de grands désavantages dans notre société. Même si cette situation défavorisée tire peut-être aujourd'hui sa source moins des préjugés sociaux directs qui pouvaient avoir cours autrefois, nul ne peut nier le fait que, comme le montre le juge McLachlin et comme je l'ai souligné dans l'arrêt *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, la rupture du couple avec enfants marque habituellement le début d'une descente accélérée dans la pauvreté pour un nombre important de parents gardiens et d'enfants. En outre, ce groupe est généralement faible sur le plan politique, vulnérable sur le plan économique et sans pouvoir sur le plan social.

Une autre caractéristique pertinente du groupe des parents gardiens séparés ou divorcés a trait au fait que, même si une faible proportion de con-

42

43

44

45

divorced custodial spouses are men, the vast majority are women. As Professor Zweibel notes in "*Thibaudeau v. R.: Constitutional Challenge to the Taxation of Child Support Payments*", *supra*, at p. 334:

[S]eparated custodial mothers share as common characteristics the cumulative effects of disproportionate past and present child-rearing responsibilities, pregnancy and child-related workforce disruptions, wage and job discrimination, among other historical sex-linked disadvantages.

These people's life situations must be taken into account when contemplating the effects of the impugned distinction on the group of separated or divorced custodial parents as a whole.

46

Finally, it is not without significance that the decision to divorce or to separate after a relationship of some permanence is generally extremely traumatic to the parties involved. It is both difficult and intensely personal. In some cases, moreover, it represents the only possible escape from a relationship that may be either physically or psychologically abusive. Ultimately, whatever the reason, it is a decision that is rarely undertaken lightly. I believe that the same can generally be said about the decision to take custody of the children of the relationship. I am satisfied that a distinction that adversely affects an individual on the basis that he or she is a separated or divorced custodial spouse is certainly capable of touching upon some very essential aspects of personal self-worth and dignity. If one were to imagine this group's defining characteristics along a spectrum which ranged from the wholly immutable to the strictly meritocratic or mutable, I would place this group far nearer the former than the latter.

47

For these reasons, I conclude that separated or divorced custodial spouses are, on the whole, a highly socially vulnerable group, bound together by traits that are very personal, though not necessarily wholly immutable. Adverse legislative dis-

jointes gardiens séparés ou divorcés sont des hommes, la vaste majorité des membres de ce groupe sont des femmes. Comme le mentionne le professeur Zweibel dans «*Thibaudeau v. R.: Constitutional Challenge to the Taxation of Child Support Payments*», *loc. cit.*, à la p. 334:

[TRADUCTION] [L]es mères gardiennes séparées partagent comme caractéristiques communes les effets cumulatifs des responsabilités disproportionnées passées et présentes de l'éducation des enfants, de la grossesse et des interruptions de travail en raison des soins à donner aux enfants, de la discrimination dans les salaires et l'emploi, parmi les autres inconvénients historiquement liés au sexe.

La situation que vivent ces personnes doit être prise en considération dans l'examen des effets de la distinction attaquée sur le groupe des parents gardiens séparés et divorcés dans son ensemble.

Enfin, fait qui n'est pas sans importance, la décision de recourir au divorce ou à la séparation après une relation d'une certaine permanence est en général extrêmement traumatisante pour les personnes en cause. C'est une décision à la fois difficile et intensément personnelle. En outre, dans certains cas, cela constitue le seul moyen de sortir d'une relation qui peut être marquée par la violence physique ou psychologique. Au bout du compte, quelle qu'en soit la raison, il s'agit d'une décision qui est rarement prise à la légère. Je crois qu'on peut généralement en conclure ainsi de la décision d'assumer la garde des enfants issus du couple. Je suis convaincue qu'une distinction qui nuit à une personne du fait qu'elle est un parent gardien séparé ou divorcé est certainement susceptible d'affecter certains des aspects essentiels de son identité et de sa dignité personnelles. S'il fallait imaginer les caractéristiques distinctives de ce groupe sur une échelle allant de l'immuabilité absolue à la stricte méritocratie ou à la variabilité, je serais portée à placer ce groupe beaucoup plus près du premier pôle que du deuxième.

Pour ces raisons, je conclus que les conjoints gardiens séparés ou divorcés sont, dans l'ensemble, un groupe de personnes très vulnérables socialement, unies par des traits qui, s'ils ne sont pas nécessairement complètement immuables, sont

tinctions on the basis of membership in this group are therefore very likely to be reasonably perceived to have a discriminatory impact by members of this group.

(b) The Nature of the Affected Interest

The interest most directly and adversely affected by the impugned distinction is the economic situation of separated or divorced custodial parents and their children over the short and medium term. Though one cannot speak of this interest as having any independent constitutional importance or, indeed, as relating to any fundamental social institution, I would venture to say that the economic well-being of family units, whatever their form, is an important societal interest. Although subsistence will always be possible, the impugned distinction may visit significant economic hardship upon the affected group. More importantly, any failure to "gross up" completely will lessen the amount of money available to respond to the children's acknowledged needs. This shortfall must be made up by the custodial spouse. Failure to share equitably the tax consequences of child support payments will therefore negatively affect the standard of living of both the custodial spouse and the children.

In the instant case, for instance, the uncompensated tax consequences of the child support payments imposed an additional tax liability of over \$2,500 per year on Ms. Thibaudeau. In addition to being liable for tax on her own financial contributions to the children's needs, she, therefore, paid \$2,500 of tax on Mr. Chainé's share of the financial responsibility for the children. This sum represented almost 20 percent of her total child support receipts for the year. Given that certain costs such as rent and utilities are generally fixed, a 20 percent decrease in total income available to meet the reasonable needs of the children magnifies into an even larger decrease in disposable income available to meet those needs. At such low levels of

très personnels. Par conséquent, il se peut très bien que les distinctions législatives négatives fondées sur l'appartenance à ce groupe soient raisonnablement perçues par les membres de ce même groupe comme ayant un effet discriminatoire.

b) La nature du droit touché

Le droit le plus directement et négativement touché par la distinction attaquée est la situation économique des parents gardiens séparés ou divorcés et de leurs enfants à court comme à moyen terme. Même si l'on ne peut prétendre que ce droit revêt une importance indépendante sur le plan constitutionnel, ou encore qu'il est lié à une institution sociale fondamentale, je serais portée à dire que le bien-être économique des unités familiales, quelle que soit leur forme, constitue une valeur importante pour la société. Même s'il est toujours possible d'assurer sa subsistance, la distinction attaquée peut imposer une lourde charge économique au groupe touché. Fait plus important encore, toute «majoration» inadéquate entraînera une réduction de la somme d'argent qui pourrait permettre de répondre aux besoins reconnus des enfants. Cette lacune doit être comblée par le conjoint gardien. Par conséquent, tout partage inéquitable des avantages fiscaux tirés du versement de la pension alimentaire aux enfants entraînerait des effets négatifs sur la qualité de vie du conjoint gardien comme des enfants.

En l'espèce, par exemple, les incidences fiscales non compensées des paiements de la prestation alimentaire aux enfants ont entraîné un fardeau fiscal annuel supplémentaire de plus de 2 500 \$ pour M^{me} Thibaudeau. En plus de son assujettissement à l'impôt sur ses propres contributions financières aux besoins de ses enfants, elle a donc versé 2 500 \$ en impôt sur la portion de la responsabilité financière de M. Chainé à l'égard des enfants. Cette somme représente presque 20 pour 100 de tout l'argent qu'elle a reçu pour les enfants au cours de cette année. Puisque certains coûts comme le loyer et les services publics sont généralement fixes, une majoration de 20 pour 100 de tout le revenu disponible pour satisfaire les besoins raisonnables des enfants entraîne une diminution encore plus importante du revenu disponible pour

income, it follows that the economic consequences of s. 56(1)(b) ITA can be significant indeed.

50 In all fairness, it is equally worth noting that the impugned distinction does not consist of a complete exclusion or non-recognition of the interests of separated or divorced custodial parents. It may, indeed, benefit some custodial parents, by making more income available for the needs of the children than would otherwise be possible. The fact remains, however, that this distinction is an important source and perpetuator of inequality to a very significant number of other members of this group.

51 I would, therefore, conclude that the interest adversely affected by the impugned distinction is of some societal importance, and that the economic consequences generally visited upon members of the group affected may be significant. At the same time, I note that, in my respectful view, an invidious metamessage flows from the manner in which this net tax benefit is administered — it initially imposes an additional financial and administrative burden upon those who are generally less able to shoulder that load, and confers an unconditional benefit upon non-custodial spouses under circumstances which are predisposed to enriching them at the expense of the custodial spouse.

52 In sum, having regard to the vulnerability of the group affected, the importance of the interest affected, and the extent to which that interest is affected on the whole of the circumstances, I am satisfied that the distinctions drawn in the inclusion/deduction scheme, and, in particular, in s. 56(1)(b), are reasonably capable of having a material discriminatory impact on separated or divorced custodial parents. The fact that some isolated individuals within this group may not be adversely affected does not alter or in any way undermine the general validity of this conclusion.

53 As such, I conclude that the legislation is capable of either promoting or perpetuating the view that separated custodial parents are less capable, or

répondre à ces besoins. Il va sans dire qu'à des niveaux de revenus aussi bas, les conséquences économiques de l'al. 56(1)b) LIR peuvent effectivement être importantes.

En toute justice, il faut aussi souligner que la distinction attaquée n'entraîne pas l'exclusion ou la non-reconnaissance complète des droits des parents gardiens séparés ou divorcés. Il arrive en effet qu'elle puisse bénéficier à certains parents gardiens, en libérant plus d'argent pour les besoins des enfants qu'il ne serait possible autrement. Il demeure cependant que cette distinction est une source et un catalyseur important d'inégalité pour un nombre très significatif d'autres membres de ce groupe.

Je conclurais donc que le droit lésé par la distinction attaquée revêt une certaine importance pour la société et que les conséquences économiques que subissent généralement les membres du groupe touché peuvent être importantes. Je note aussi qu'à mon avis, il y a transmission insidieuse d'un métamessage par la façon même dont l'avantage fiscal net est géré — il impose à l'origine un fardeau financier et administratif supplémentaire aux personnes qui sont généralement le moins en mesure de le supporter, et confère un avantage inconditionnel aux conjoints non gardiens dans des circonstances qui ont tout pour leur permettre de s'enrichir aux dépens du conjoint gardien.

En somme, eu égard à la vulnérabilité du groupe touché, à l'importance du droit lésé et à l'étendue des effets préjudiciables sur ce droit, je suis convaincue à partir de l'ensemble des circonstances que les distinctions tirées du régime d'inclusion/déduction, et en particulier de l'al. 56(1)b), sont raisonnablement susceptibles d'entraîner un effet discriminatoire important sur les parents séparés ou divorcés qui ont la garde de leurs enfants. Le fait que certaines personnes seulement de ce groupe puissent échapper à cet effet ne modifie ni ne diminue en rien la validité générale de cette conclusion.

Je conclus qu'en elle-même, cette disposition législative est susceptible de promouvoir ou de perpétuer l'opinion suivant laquelle les parents

less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration. I, therefore, find s. 56(1)(b) ITA to violate s. 15(1) of the *Charter*. It remains to be seen whether this distinction can be justified as relevant to a proportionate extent to a pressing and substantial objective.

B. Section 1 of the Charter

The inclusion/deduction regime may originally have been passed with a view to accommodating the financial burdens borne by many payor spouses who started second families. Notwithstanding this fact, I am willing to accept the government's argument that the modern purpose of the inclusion/deduction regime is to place more money in the hands of the separated or divorced "couple" for the purposes of raising the level of child support which the parents can afford. The intended beneficiaries of the scheme are, therefore, the children. I accept that this objective is pressing and substantial. There is no doubt in my mind that the state can legitimately construct a taxation policy that seeks to mitigate the economic consequences of divorce or separation. The real question is whether the present vehicle, the inclusion/deduction system comprising ss. 56(1)(b) and 60(b) ITA, achieves this goal in a manner that is at all proportionate. In my view, it does not.

By the government's own figures, the inclusion/deduction system requires separated or divorced "couples" to pay more tax in almost 30 percent of all cases. However, almost 70 percent of divorced or separated "couples" appear to enjoy a net tax benefit from the inclusion/deduction provisions. I am satisfied that, in some of these cases, some portion of the net tax savings enjoyed by the couple will filter through to the children of the relationship. The impugned regime, though clearly ineffective in reaching its desired goal and though clearly resulting in disadvantage to separated or divorced custodial spouses in a significant number of cases, is not so underinclusive as to fail to further its objective in any significant way. I am,

gardiens séparés sont moins capables ou ne méritent pas la même reconnaissance ou valeur en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Je conclus donc que l'al. 56(1)b) LIR viole le par. 15(1) de la *Charte*. Il reste à déterminer si cette distinction peut être justifiée en se rapportant dans une mesure proportionnelle à un objectif qui répond à des préoccupations urgentes et réelles.

B. Article premier de la Charte

Le régime d'inclusion/déduction peut avoir été instauré afin d'atténuer le fardeau financier imposé aux conjoints débiteurs qui constituaient une deuxième famille. Malgré ce fait, je suis prête à accepter l'argument du gouvernement selon lequel l'objectif moderne du régime d'inclusion/déduction est de libérer plus d'argent entre les mains du «couple» séparé ou divorcé afin de permettre de relever le niveau de la contribution alimentaire que les parents peuvent verser aux enfants. Les bénéficiaires visés par ce mécanisme sont donc les enfants. J'accepte que cet objectif soit urgent et réel. Il ne fait aucun doute selon moi que l'État peut légitimement établir une politique fiscale qui cherche à atténuer les conséquences économiques du divorce ou de la séparation. Il s'agit effectivement de déterminer si le mécanisme actuel, à savoir le régime d'inclusion/déduction constitué des al. 56(1)b) et 60b) LIR, atteint son objectif dans une mesure proportionnelle. Je crois que non.

Selon les propres chiffres du gouvernement, le régime d'inclusion/déduction oblige les «couples» séparés ou divorcés à payer davantage d'impôt dans près de 30 pour 100 des cas. En revanche, près de 70 pour 100 des «couples» séparés ou divorcés semblent profiter d'un dégrèvement fiscal net par suite de l'application des dispositions du régime d'inclusion/déduction. Je suis convaincue que, dans certains de ces cas, une partie du dégrèvement fiscal net obtenu par le couple parvient aux enfants visés. Même s'il est manifestement inefficace dans la réalisation de l'objectif visé et qu'il entraîne clairement une situation défavorable pour les conjoints gardiens séparés ou divorcés dans un nombre important de cas, le régime attaqué n'est

54

55

therefore, satisfied that the inclusion/deduction regime is rationally connected to its objective.

pas limité au point d'être incapable de permettre une atteinte significative de son objectif. Je suis par conséquent convaincue que le régime d'inclusion/déduction a un lien rationnel avec son objectif.

56 Before turning to the question of whether the impugned distinction is minimally impairing, I wish to make some brief observations on an important aspect of this analysis.

Avant d'aborder la question de savoir si la distinction attaquée porte une atteinte minimale, je voudrais faire quelques brèves observations sur un aspect important de cette analyse.

57 The impugned distinction arises in the ITA, a statute which is undoubtedly the most complex and replete with distinctions of any in Canada. Clearly, the legislature must be accorded a reasonable latitude within which to advance its varied tax-related purposes. At the same time, however, we must recall that the ITA is also used as an important vehicle for developing and furthering social policy initiatives. Although this Court must generally approach the government's legitimate policy-making choices with a healthy degree of deference, it must, nonetheless, ensure that Parliament, in exercising its legitimate policy-making function, does not thereby trample upon the constitutional guarantees in s. 15 of the *Charter*. The mere fact that a distinction arises in the ITA does not grant the government an absolute licence to undertake indirectly what would be unconstitutional if pursued directly. A discriminatory distinction will, therefore, not be justifiable under s. 1 if it lies outside a reasonable range of minimally intrusive alternatives available to the government.

La distinction attaquée provient de la LIR, qui est incontestablement la loi la plus complexe et la plus truffée de distinctions au Canada. Il faut manifestement accorder au législateur toute la marge de manoeuvre raisonnable dont il a besoin pour être en mesure d'atteindre ses divers objectifs en matière fiscale. En revanche, il faut se rappeler que la LIR est un véhicule important dans le développement et la poursuite d'initiatives du domaine de la politique sociale. Même si notre Cour doit généralement aborder les choix politiques légitimes du gouvernement avec un degré élevé de retenue, il n'en demeure pas moins qu'elle doit s'assurer que le Parlement, dans l'exercice de sa fonction légitime d'élaboration de politiques, ne piétine pas les garanties constitutionnelles prévues à l'art. 15 de la *Charte*. Le seul fait qu'une distinction provienne de la LIR ne donne pas au gouvernement le pouvoir absolu d'entreprendre indirectement ce que la Constitution lui interdit de faire directement. Une distinction discriminatoire ne pourra donc être justifiée en vertu de l'article premier si elle se situe à l'extérieur d'une gamme raisonnable de moyens de rechange moins attentatoires qui s'offrent au gouvernement.

58 In the instant case, the government has not demonstrated to this Court that the benefit accruing to the separated or divorced "couple" is fairly and equitably shared between the two individuals. Even though I accept that the family law system may sometimes enable such an outcome, the fact remains that, in a significant number of cases, it does not and cannot. The inclusion/deduction regime effectively makes a government benefit available uniquely to support-paying non-custodial parents and unavailable to custodial parents in receipt of child support payments. This initial une-

En l'espèce, le gouvernement ne nous a pas prouvé qu'il y a partage juste et équitable entre les deux personnes du bénéfice accordé au «couple» séparé ou divorcé. Même si j'accepte le fait que le droit de la famille puisse à l'occasion en arriver à un tel résultat, il n'en demeure pas moins que dans bon nombre de cas, il ne peut l'atteindre. Le régime d'inclusion/déduction ne permet la transmission d'un avantage gouvernemental qu'à l'endroit des parents non gardiens qui versent une pension et non à l'endroit des parents gardiens prestataires de cette pension destinée aux enfants.

qual distribution will only be equally divided by the good graces of the non-custodial spouse or in the unlikely event that the family law system fully understands, anticipates, and applies the principles of tax expenditure analysis. We cannot escape the fact that the inclusion/deduction regime creates a significant number of "losers" within the very group of persons it purports to assist.

As Professors J. W. Durnford and S. J. Toope point out in "Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation" (1994), 42 *Can. Tax J.* 1, the legislative objective could be much more effectively and directly achieved with a progressive system of child support credits or deductions. Such a system would be far less likely to perpetuate or exacerbate the economic disadvantage of custodial spouses and, at the very least, would not confer its greatest benefits on high-income non-custodial parents, which is presently the consequence of the ITA's "upside-down subsidy" to such individuals. Their proposal is one of several alternatives reasonably available to the government. Although I reiterate that considerable deference must be had for legitimate policy choices that entail a balancing of different interests and competing rights, I am not convinced that this is such a case. The inequality is too evident, and the range of more palatable alternatives is too readily available. Thus, I conclude that the present regime is outside the reasonable range of minimally intrusive options open to the government.

Although it is not strictly necessary for me to do so, I would also note that I find the deleterious effects of the impugned distinction to outweigh its salutary effects. The fact that the present regime imposes in many cases a very real disadvantage upon custodial spouses is not outweighed by the

Cette distribution inégale à l'origine ne sera corrigée par une répartition égale que si le conjoint non gardien y consent de bonne grâce ou si, et c'est une hypothèse peu probable, le droit de la famille parvient à comprendre, à prévoir et à appliquer intégralement les principes de l'analyse des incidences fiscales. Nous ne pouvons échapper au fait que régime d'inclusion/déduction crée un nombre important de «perdants» au sein même du groupe de personnes qu'il cherche à aider.

Comme le soulignent les professeurs J. W. Durnford et S. J. Toope dans «Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation» (1994), 42 *Can. Tax J.* 1, l'objectif législatif se réaliserait de façon beaucoup plus efficace et directe si l'on recourait à un système progressif de crédits ou de déductions pour la pension alimentaire destinée aux enfants. Un tel système risquerait beaucoup moins de perpétuer ou d'exacerber le désavantage économique des conjoints gardiens, et il éviterait à tout le moins d'accorder ses plus grands avantages aux parents non gardiens qui disposent de revenus élevés, comme c'est actuellement le cas en raison de la «subvention inversée» dont profitent ces derniers aux termes de la LIR. À leur proposition viennent s'ajouter plusieurs autres solutions auxquelles le gouvernement pourrait raisonnablement recourir. Même si je rappelle qu'il faut généralement faire preuve de beaucoup de retenue à l'endroit des choix de politique légitimes qui nécessitent la prise en compte d'intérêts différents et de droits concurrents, je ne suis pas convaincue que le cas qui nous occupe commande une telle attitude. L'inégalité est trop flagrante, et trop grande est la possibilité de recourir à toute une gamme des solutions de rechange plus acceptables. Je conclus donc que le régime actuel se situe hors de la gamme raisonnable des options permettant une atteinte minimale auxquelles le gouvernement peut recourir.

Bien qu'il ne soit pas strictement nécessaire de le faire, je voudrais aussi souligner que les effets préjudiciables de la distinction attaquée me semblent en dépasser les effets bénéfiques. Le fait que le régime actuel entraîne dans bon nombre de cas un désavantage réel pour les conjoints gardiens

59

60

net tax savings to couples that it occasions. Simply speaking, the evidence before this Court strongly suggests that much of these net tax savings to “couples” actually accrue to non-custodial spouses as a result of both the “upside down subsidy” and the frequent failure to “gross up” fully for the tax consequences of child support. With all due respect, I cannot see the logic to designing a system, whose central purpose is to benefit children, in such a way that it begets as its primary beneficiary that half of the separated or divorced “couple” that does not have custody of, and therefore primary responsibility for, those same children.

n'est pas contrebalancé par le dégrèvement fiscal net qu'il procure aux couples. Tout simplement, la preuve présentée devant notre Cour suggère fortement qu'une grande proportion de ce dégrèvement fiscal net accordé aux «couples» se retrouve effectivement entre les mains des conjoints non gardiens par suite à la fois de la «subvention inversée» et de l'omission fréquente de «majorer» complètement le montant de la pension destinée aux enfants pour tenir compte des incidences fiscales. Avec égards, je ne puis voir comment on peut logiquement concevoir un système destiné principalement à aider les enfants en le structurant de telle façon qu'il avantage au premier chef cette moitié du «couple» séparé ou divorcé qui n'a pas la garde de ces mêmes enfants et qui, par conséquent, n'en a pas la responsabilité première.

61 I conclude that the legislation cannot be upheld under s. 1 of the *Charter*, and would accordingly declare it unconstitutional.

Je conclus que la disposition législative ne peut être sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte* et qu'elle devrait donc être déclarée inconstitutionnelle.

C. Remedy and Disposition

C. Réparation et dispositif

62 For the reasons I have given, I would find s. 56(1)(b) ITA to violate s. 15(1) of the *Charter* and I would conclude that it cannot be saved under s. 1.

Pour ces motifs, je conclurais que l'al. 56(1)b) LIR viole le par. 15(1) de la *Charte* et qu'il ne peut être justifié en vertu de l'article premier.

63 Since I have only analyzed the distinctions in the inclusion/deduction scheme in relation to their relevance to child support arrangements, and since different consideration may arise in relation to spousal support, I would declare s. 56(1)(b) ITA to be invalid in respect of child support payments only. In my view, this is an appropriate case to suspend the declaration of invalidity for a period of 12 months to enable the legislature to seek out and implement a less discriminatory alternative. I would not make any pronouncement on the constitutionality of s. 60(b) ITA.

Comme j'ai analysé les distinctions du régime d'inclusion/déduction uniquement par rapport à leur incidence sur les ententes en matière de prestation alimentaire des enfants, et que d'autres considérations peuvent s'imposer en ce qui a trait à la pension alimentaire du conjoint, je déclarerais que l'al. 56(1)b) LIR n'est invalide qu'à l'égard de la prestation alimentaire des enfants. Il s'agit ici d'un cas approprié qui, selon moi, milite en faveur de la suspension des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité pour une période de 12 mois, de façon à permettre au législateur d'élaborer et d'instaurer un autre régime moins discriminatoire. Je ne me prononcerais pas sur la constitutionnalité de l'al. 60b) LIR.

64 I would, therefore, dismiss the appeal. I would order costs as proposed by McLachlin J.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. J'adjugerais les dépens comme le propose le juge McLachlin.

English version of the reasons delivered by

GONTHIER J. — The issue in the instant appeal is whether s. 56(1)(b) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 (“ITA”), which requires a taxpayer to include in computing his or her income any amount received by the taxpayer in the year as alimony, infringes the equality rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It should be stressed at the outset that the issue before this Court will not be considered from the standpoint of alimony paid to provide for the needs of the recipient parent. The obligation to include is only at issue in the case at bar as it applies to amounts intended to provide exclusively for the maintenance of the children of the marriage.

I — Facts

The respondent, Suzanne Thibaudeau, married Jacques Chainé on December 23, 1978. There were two children of this marriage, Jean-François and Marie-Christine, born in 1979 and 1981 respectively. On December 1, 1987 the respondent obtained a decree nisi of divorce granted pursuant to the old *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8.

Under that decree, which was made absolute on October 22, 1990, the respondent was awarded custody of her two minor children and her ex-husband was ordered to pay her alimony of \$1,150 a month for the exclusive benefit of the children, with indexing pursuant to art. 638 of the old *Civil Code of Quebec*, S.Q. 1980, c. 39 (now art. 590, S.Q. 1991, c. 64). No amount was awarded to the respondent for herself as the court was of the view that she had sufficient financial self-sufficiency. In determining the said amount, therefore, account was taken of the cost of maintaining the children, some \$900 to \$1,000 a month, the tax impact on the former spouses and the respondent’s duty also to provide for the maintenance of her children. The court recognized, however, that the amount so determined required a greater contribution from the respondent than would be required by the ratio

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE GONTHIER — Le présent pourvoi vise à déterminer si l’al. 56(1)b) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 («LIR»), qui oblige le contribuable à inclure dans le calcul de son revenu les sommes qu’il a reçues dans l’année à titre de pension alimentaire, porte atteinte aux droits à l’égalité tels que garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dès le départ, il importe de souligner qu’il ne s’agit pas, pour notre Cour, d’étudier cette question dans la perspective de pensions alimentaires versées pour combler les besoins du parent prestataire. L’obligation d’inclusion n’est contestée, en l’espèce, qu’à l’égard des sommes destinées à subvenir exclusivement aux besoins des enfants issus du mariage.

I — Les faits

L’intimée, Suzanne Thibaudeau, épouse Jacques Chainé le 23 décembre 1978. Deux enfants sont issus de ce mariage, Jean-François et Marie-Christine, nés respectivement en 1979 et 1981. Le 1^{er} décembre 1987, l’intimée obtient un jugement conditionnel de divorce, prononcé en vertu de l’ancienne *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, ch. D-8.

Aux termes de ce jugement, dont l’irrévocabilité est constatée le 22 octobre 1990, l’intimée se voit confier la garde de ses deux enfants mineurs et obtient de son ex-conjoint qu’il verse, pour le bénéficiaire exclusif de ces derniers, une pension alimentaire de 1 150 \$ par mois, avec l’indexation selon l’art. 638 de l’ancien *Code civil du Québec*, L.Q. 1980, ch. 39 (maintenant l’art. 590, L.Q. 1991, ch. 64). Aucune somme n’est octroyée à l’intimée pour elle-même, le tribunal étant d’avis qu’elle jouit d’une autonomie financière suffisante. Dans la détermination de ce dernier montant, il est donc tenu compte du coût de l’entretien des enfants, de l’ordre de 900 à 1 000 \$ par mois, de l’impact fiscal sur les ex-époux et de l’obligation qui revient à l’intimée de subvenir elle aussi aux besoins de ses enfants. Le tribunal reconnaît cependant que la somme, ainsi établie, exige de

65

66

67

between the respective incomes of the former spouses.

68 In 1989, the year at issue here, the respondent received \$14,490 for the maintenance of the couple's minor children. For that year she filed three income tax returns: one covered her personal situation and dealt essentially with her employment income; the other two were filed on behalf of the children and reported for each an income totalling half the alimony received by the respondent during the year.

69 The Minister of National Revenue subsequently reviewed these tax returns and, pursuant to s. 56(1)(b) ITA, included the amounts received as alimony in computing the respondent's income. In a notice of reassessment for 1989, the latter's net federal tax was accordingly increased to \$4,042.80.

70 As the Minister maintained his decision after considering the notice of objection filed by the respondent, the respondent appealed to the Tax Court of Canada, where she argued that s. 56(1)(b) ITA, by imposing a tax burden on her for amounts she was to use solely for the benefit of her children, infringed her equality rights as guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*.

II — Judgments Below

Tax Court of Canada, 92 D.T.C. 2111

71 The respondent argued before Judge Garon that the prejudice which she suffered from the taxation of amounts not intended for her own benefit resulted from her civil status, her sex and her social status. In this connection Judge Garon noted the absence of statistical evidence regarding the group to which the respondent claims to belong, but he nevertheless took judicial notice, at p. 2118, of the fact that the respondent was part of a group "of which the great majority is separated or divorced women, who have a certain degree of

l'intimée une contribution supérieure à ce que le rapport entre les revenus respectifs des ex-époux commanderait.

Au cours de l'année 1989, objet du présent litige, l'intimée reçoit 14 490 \$ pour subvenir aux besoins des enfants mineurs du couple. Pour cette même année, elle produit donc trois déclarations d'impôt sur le revenu: l'une d'elles a trait à sa situation personnelle et fait état, pour l'essentiel, de ses revenus d'emploi; les deux autres sont produites pour le compte des enfants et affichent, pour chacun d'eux, un revenu totalisant la moitié de la pension alimentaire reçue par l'intimée au cours de l'année.

Le ministre du Revenu national révisé subsequmment ces déclarations d'impôt et, se fondant sur l'al. 56(1)b) LIR, inclut les sommes reçues à titre de pension alimentaire dans le calcul du revenu de l'intimée. Aux termes d'un avis de nouvelle cotisation pour l'année 1989, l'impôt fédéral net de cette dernière est en conséquence porté à 4 042,80 \$.

Le Ministre maintenant sa décision suite à l'examen de l'avis d'opposition produit par l'intimée, cette dernière interjette appel à la Cour canadienne de l'impôt, où elle soutient que l'al. 56(1)b) LIR, en lui imposant une charge fiscale sur des sommes qu'elle doit utiliser pour le seul bénéfice de ses enfants, porte atteinte à ses droits à l'égalité tels que garantis par le par. 15(1) de la *Charte*.

II — Les décisions des instances dont appel

Cour canadienne de l'impôt, 92 D.T.C. 2098

Devant le juge Garon, l'intimée prétend que le préjudice qu'elle subit de l'imposition de sommes qui ne sont pas destinées à son bénéfice découle à la fois de son statut civil, de son sexe et de sa condition sociale. À cet effet, le juge Garon constate certes l'absence de preuve statistique au sujet du groupe dont l'intimée se réclame, mais il reconnaît néanmoins d'office, à la p. 2105, que l'intimée appartient à un groupe «composé en très large majorité de femmes qui sont soit séparées ou divorcées, qui ont une certaine autonomie finan-

financial self-sufficiency (in that they receive no alimony for themselves), who have custody of their children and who receive taxable alimony from their spouse for the benefit of the children". He said that in his opinion this group was entitled because of certain personal characteristics to the equality guarantee set out in s. 15 of the *Charter*.

Before determining whether the obligation to include alimony in the recipient's income, under the specific terms of s. 56(1)(b) ITA, entails prejudicial consequences for the respondent, Judge Garon analysed the system set up by ss. 56(1)(b) and 60(b) ITA, commonly known as the "inclusion/deduction system". He said the following at pp. 2118-19, in a passage which I set out at length for the sake of clarity:

This inclusion-deduction system splits the payer's income. This exceptional measure confers a benefit on the person who receives the alimony if that person's marginal tax rate after including the alimony in his or her income is lower than the payer's rate because the result is a net tax saving with respect to the alimony, which also permits the alimony to be increased by an amount equal to the tax thus saved . . . [I]t is undeniable that in the case of a difference between the marginal tax rates of the payer and of the person to whom the alimony is paid, as I have described, the children would or should receive a definite benefit. If we assume that the payer's marginal rate is higher than that of the person who receives the alimony, the inclusion-deduction system ultimately permits the alimony, which is to be used to support the children, for example, to be grossed-up. Moreover, it follows from the foregoing that if the marginal tax rate that applies to the payer and to the person who receives the alimony is the same, there is no tax advantage for them and clearly the alimony would not be grossed-up, and the effect of the inclusion-deduction system is neutral.

Judge Garon adopted the method of analysis used by the expert called on behalf of the respondent, according to which it was proper to take into account tax credits she was given in assessing the tax impact resulting from the obligation specified

cière (ne recevant pas de pension pour elles-mêmes), qui ont la garde de leurs enfants et qui reçoivent une pension alimentaire imposable de leur conjoint ou ex-conjoint pour le bénéfice des enfants». Il se dit d'avis qu'en raison de certaines caractéristiques personnelles, ce groupe a droit à la garantie d'égalité prévue à l'art. 15 de la *Charte*.

Avant de déterminer si l'obligation d'inclusion de la pension alimentaire dans le revenu du prestataire, selon les termes mêmes de l'al. 56(1)(b) LIR, emporte des conséquences préjudiciables pour l'intimée, le juge Garon procède à l'analyse du régime mis en place par les al. 56(1)(b) et 60(b) LIR, communément qualifié de «régime d'inclusion/déduction». Dans un passage que je reproduis au long pour une meilleure compréhension, il s'exprime ainsi, à la p. 2106:

Ce système d'inclusion-déduction établit un fractionnement du revenu du payeur. Cette mesure exceptionnelle est avantageuse pour la personne au profit de laquelle la pension doit être versée si le taux marginal d'imposition de la personne à qui la pension est payée — après l'inclusion de la pension dans son revenu — est inférieur à celui du payeur parce qu'elle a comme résultat une épargne nette d'impôt à l'égard de la pension alimentaire et qu'elle permet ainsi l'augmentation de la pension alimentaire d'une somme égale à l'impôt ainsi épargné. [. . .] Il est [. . .] indéniable que, dans le cas d'un écart dans les taux marginaux d'imposition du payeur et de la personne à qui est versée la pension, dans les sens que je viens d'indiquer, les enfants en retirent ou devraient en retirer un avantage certain. Le système inclusion-déduction dans l'hypothèse où le taux marginal du payeur est supérieur à celui de la personne qui reçoit la pension permet donc en dernière analyse une majoration de la pension alimentaire qui doit être utilisée, par exemple, au profit des enfants. D'autre part, il découle de ce qui précède que si le taux marginal d'imposition qui s'applique au payeur et à la personne qui reçoit la pension est le même, il n'y a pas d'avantage fiscal pour ces personnes et il n'y a évidemment pas de majoration de la pension. Le système d'inclusion-déduction est alors neutre dans ses effets.

Le juge Garon entérine la méthode d'analyse employée par l'expert produit pour le compte de l'intimée, et selon lequel il est justifié de tenir compte des crédits d'impôt accordés à cette dernière dans l'évaluation de l'impact fiscal généré

in s. 56(1)(b) ITA. He noted, at p. 2120, that the judge took the tax consequences into account in establishing the alimony, although there was no precise measurement of this impact.

74

Judge Garon was of the opinion, however, that it was not his function to decide whether there should have been a more complete analysis of the tax consequences: in his view the real question was rather whether the court which establishes the amount of the alimony must take into account the tax consequences both for the payer and for the recipient of the payments. He relied *inter alia* on *Droit de la famille—1488*, C.A. Québec, No. 200-09-000553-914, November 7, 1991, J.E. 91-1753; *Parker v. Parker*, [1988] O.J. No. 749 (C.A.); *Chelmick v. Chelmick* (1991), 118 A.R. 385 (Q.B.); *Lehmann v. Lehmann* (1989), 95 A.R. 383 (Q.B.); *Treen v. Treen* (1991), 88 Sask. R. 278 (Q.B.), and *Girard v. Girard* (1990), 103 N.B.R. (2d) 377 (Q.B.), in arriving at the conclusion, at p. 2120, that “[t]he case law according to which tax consequences must be taken into account when determining the amount of alimony has not varied at least in recent times in Quebec and in other provinces”.

75

In light of the foregoing observations, Judge Garon then concluded as follows, at pp. 2121-22:

... if the court takes into account the tax consequences on both the payer and the recipient of the alimony in determining the amount of the alimony to be paid for the support of the children, the parent who receives the alimony suffers no prejudice even if he or she must include those payments in his or her income. If a trial court fails to consider the tax consequences or assesses them incorrectly, the party concerned should exercise his or her right of appeal to obtain the adjustment to which he or she is entitled.

The inclusion-deduction system in its true nature having regard to the comprehensive legal context does not have the effect of imposing obligations, disadvantages or burdens on the appellant or other persons who would find themselves in a situation similar to that of the

par l'obligation prévue à l'al. 56(1)(b) LIR. Il souligne, à la p. 2107, que le juge en fixant la pension alimentaire a tenu compte des incidences fiscales, encore que la mesure de cet impact n'ait pas été précisée par le tribunal.

Le juge Garon estime toutefois qu'il ne lui appartient pas de décider si un examen plus attentif des conséquences fiscales aurait dû être fait; la véritable question, selon lui, est plutôt de déterminer si le tribunal qui fixe le montant des aliments doit tenir compte des effets de la fiscalité tant sur le payeur que sur le prestataire de la pension. Il s'appuie, notamment, sur les affaires *Droit de la famille—1488*, C.A. Québec, n° 200-09-000553-914, 7 novembre 1991, J.E. 91-1753; *Parker c. Parker*, [1988] O.J. No. 749 (C.A.); *Chelmick c. Chelmick* (1991), 118 A.R. 385 (B.R.); *Lehmann c. Lehmann* (1989), 95 A.R. 383 (B.R.); *Treen c. Treen* (1991), 88 Sask. R. 278 (B.R.), et *Girard c. Girard* (1990), 103 R.N.-B. (2^e) 377 (B.R.), pour en venir à la conclusion, à la p. 2108, que «[l]a jurisprudence selon laquelle il faut tenir compte de l'incidence fiscale lors de la détermination d'une pension alimentaire est constante aussi bien au Québec que dans les autres provinces».

À la lumière des observations précédentes, le juge Garon conclut alors en ces termes, aux pp. 2108 et 2109:

... si dans la détermination du montant de la pension alimentaire qui est versée pour subvenir aux besoins des enfants le tribunal prend en compte l'incidence fiscale aussi bien pour le payeur que pour la personne qui reçoit la pension alimentaire, le parent qui reçoit cette pension ne subit pas de préjudice même s'il doit inclure cette pension dans son revenu. Si un tribunal de première instance omet de considérer l'impact fiscal ou encore l'évalue incorrectement, la partie concernée devrait se prévaloir de son droit d'appel pour obtenir le redressement auquel elle a droit.

Le système d'inclusion-déduction dans sa nature intrinsèque compte tenu du contexte juridique global n'a donc pas pour résultat de créer un préjudice ou un fardeau ou désavantage à l'appelante ou à d'autres personnes qui se trouveraient dans une situation semblable

appellant with respect to the receipt of alimony made by one parent to the other for the exclusive benefit of the children. The inclusion-deduction system . . . may raise in its application to a particular case certain difficulties but a statute or a provision therein cannot be considered for this sole reason discriminatory and unconstitutional.

Ms. Thibaudeau's appeal was accordingly dismissed.

Federal Court of Appeal, [1994] 2 F.C. 189

Hugessen J.A. for the Majority

Two grounds of discrimination were pleaded in connection with this application for judicial review: the group SCOPE (Support and Custody Orders for Priority Enforcement), which was given leave to intervene and to file documents in support of its position, submitted on the one hand that s. 56(1)(b) ITA results in discrimination on the basis of sex, an enumerated ground under s. 15(1) of the *Charter*. The respondent on the other hand argued that she was a victim of discrimination based on her membership in a group consisting of separated or divorced parents having custody of their children and receiving maintenance payments for them. According to Hugessen J.A., those allegations were a claim of discrimination based on a ground analogous to those enumerated in s. 15(1) of the *Charter*.

Hugessen J.A. first dealt with the arguments of the intervener SCOPE and noted that its claim of discrimination on the ground of sex required a consideration of the reasons in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695. In light of what was said in that judgment, he concluded that s. 56(1)(b) ITA is neutrally worded and that it neither expressly nor by necessary implication creates distinctions based on sex. Moreover, in his view the focus in such a determination is not on the number of persons affected by legislation as much as on the nature of its effects on them. From this standpoint there could not be said to be discrimination on the basis of sex in the case at bar, since s. 56(1)(b) ITA has the same prejudicial effects on custodial mothers as on custodial fathers, although there are fewer of the latter in such a situation and they are thus less

à celle de l'appelante quant à la réception d'une pension alimentaire versée par l'autre parent au bénéfice des enfants. Ce système d'inclusion-déduction [...] peut soulever dans son application à des situations particulières certaines difficultés mais une loi ou une disposition d'une loi ne peut pas être considérée comme discriminatoire et inconstitutionnelle pour ce seul motif.

L'appel de M^{me} Thibaudeau est par conséquent rejeté.

Cour d'appel fédérale, [1994] 2 C.F. 189

Le juge Hugessen, pour la majorité

Dans le cadre de cette demande de contrôle judiciaire, deux motifs de discrimination sont invoqués: le groupe SCOPE (Support and Custody Orders for Priority Enforcement), autorisé à intervenir et à déposer des documents à l'appui de son exposé, soumet d'une part que l'al. 56(1)(b) LIR engendre une discrimination fondée sur le sexe, motif énuméré au sens du par. 15(1) de la *Charte*. L'intimée soutient d'autre part être victime de discrimination en raison de son appartenance à un groupe réunissant les parents séparés ou divorcés ayant la garde de leurs enfants et bénéficiant d'une pension alimentaire pour subvenir aux besoins de ces derniers. Selon le juge Hugessen, il s'agit là d'allégations de discrimination fondée sur un motif analogue à ceux qui font l'objet d'une énumération dans le par. 15(1) de la *Charte*.

Le juge Hugessen se penche d'abord sur les prétentions de l'intervenant SCOPE et constate que ses allégations de discrimination fondée sur le sexe commandent un examen des motifs de l'affaire *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695. À la lumière des propos qui y sont tenus, il conclut que l'al. 56(1)(b) LIR est rédigé de façon neutre et qu'il ne crée, ni explicitement ni implicitement, une distinction fondée sur le sexe. D'ailleurs, à son avis, l'élément-clé de cette détermination ne réside pas dans le nombre de personnes touchées par une disposition législative mais bien dans la nature de ses effets à l'égard de ces dernières. Dans cette perspective, on ne saurait prétendre en l'espèce à une discrimination fondée sur le sexe puisque l'al. 56(1)(b) LIR produit les mêmes effets préjudiciables chez les mères gardiennes et les pères gar-

likely to suffer the effects of the Act. The arguments of SCOPE were accordingly dismissed.

diens, bien que ceux-ci soient moins nombreux dans cette situation et, partant, moins susceptibles de souffrir des effets de la loi. Les arguments de SCOPE sont donc rejetés.

78

That was not the case with the respondent's allegations that there was discrimination based on an analogous ground. Hugessen J.A. considered the latter in light of the three steps prescribed by analysis of s. 15(1) of the *Charter* and found *inter alia* in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, and *Symes, supra*. He said the following, at pp. 206-7:

First, paragraph 56(1)(b) draws an intentional distinction between [the respondent] and others based upon her being a separated [the word includes divorced persons] custodial parent. There can be simply no doubt in my mind that the qualities of being separated and a parent are "personal characteristics". . . .

Il en va autrement des allégations de l'intimée voulant qu'il y ait discrimination fondée sur un motif analogue. Le juge Hugessen étudie ces dernières au regard des trois étapes prescrites par l'analyse du par. 15(1) de la *Charte*, et relevées notamment dans les affaires *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, et *Symes*, précitée. Il s'exprime en ces termes, aux pp. 206 et 207:

D'une part, l'alinéa 56(1)b) établit une distinction intentionnelle entre [l'intimée] et d'autres personnes, fondée sur le fait qu'elle est un parent séparé [le terme englobe les personnes divorcées] ayant la garde de ses enfants. Il ne subsiste absolument aucun doute dans mon esprit que le fait d'être séparé et d'être un parent sont des «caractéristiques personnelles» . . .

Second, the inequality created for separated custodial parents is discriminatory and imposes a burden on them not imposed on others.

D'autre part, l'inégalité créée à l'égard des parents séparés qui ont la garde de leurs enfants est discriminatoire et impose à ceux-ci un fardeau que les autres n'ont pas.

The latter conclusion by Hugessen J.A. is based on comparisons of the respondent's situation with that of a non-separated parent, that of a separated non-custodial parent and that of separated non-parents having custody of a child, such as an uncle or grandmother. Hugessen J.A. noted that none of the aforementioned persons is required to include maintenance payments in computing his or her income. He went on (at pp. 208, 210 and 211):

Cette dernière conclusion du juge Hugessen repose sur les comparaisons de la condition de l'intimée avec celle du parent non séparé, celle du parent séparé qui n'a pas garde d'enfant et avec celle des personnes séparées qui ne sont pas parents et qui ont garde d'enfant comme, par exemple, l'oncle ou la grand-mère. Le juge Hugessen souligne en effet qu'aucune des personnes susmentionnées n'a l'obligation d'inclure les sommes reçues à titre de pension alimentaire dans le calcul de son revenu. Il poursuit (aux pp. 208, 210 et 211):

The third and last stage of the section 15 analysis is to inquire whether the personal characteristics at issue constitute grounds analogous to those enumerated. In my view, they do.

La troisième et dernière étape de l'analyse fondée sur l'article 15 consiste à vérifier si les caractéristiques personnelles en cause constituent des motifs analogues aux motifs de discrimination énumérés. À mon avis, tel est le cas.

I have identified the group to which the applicant claims to belong as separated custodial parents. Neither that phrase nor any of its components constitute as such

J'ai distingué le groupe auquel la requérante prétend appartenir comme étant celui des parents séparés qui ont la garde des enfants. Ni cette phrase, ni ses composantes

a ground analogous to those enumerated in section 15 but that is hardly surprising. As previously indicated, the definition of the group must have within it some component which is included within the alleged ground but it is unlikely to be the ground itself. . . .

The appropriate description of the ground of discrimination to which separated custodial parents are subject would, it seems to me, be “family status”. [Emphasis in original.]

Finally, at the end of a review of the documentary evidence submitted by the parties on the effects of the inclusion/deduction system, Hugessen J.A. concluded that s. 56(1)(b) ITA cannot be saved by s. 1 of the *Charter*, since it does not meet the minimum impairment and proportionality tests developed in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The application for judicial review was allowed and the Tax Court of Canada’s decision set aside.

Létourneau J.A., Dissenting

Létourneau J.A. was of the view that s. 56(1)(b) ITA did not result in any discrimination, whether based on sex or on an analogous ground such as civil status or social condition. While he accepted that the respondent and the members of the group to which she belonged were treated differently as a result of the provision, he did not consider that this difference in treatment could be characterized as discriminatory.

First, he noted that it is in the very nature of the ITA to apply a whole set of distinctions and differences in treatment which take into account the economic reality that ordinarily accompanies the taxpayer’s civil status. Additionally, Létourneau J.A. noted that according to the decisions of this Court in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, and *Symes*, *supra*, the general context must be examined to determine whether there is discrimination. Accordingly, he rejected a purely textual analysis of the ITA as follows, at pp. 227-28:

ne constituent comme tel un motif analogue à ceux qui sont énumérés à l’article 15, ce qui n’est toutefois guère surprenant. Comme je l’ai mentionné précédemment, la description du groupe doit contenir en elle-même une certaine composante qui se retrouve dans le motif allégué, mais il est peu probable qu’il s’agisse du motif lui-même . . .

C’est à mon avis de «situation de famille» que serait le mieux qualifié le motif de discrimination dont sont victimes les parents séparés qui ont la garde de leurs enfants. [Souligné dans l’original.]

Enfin, au terme d’un examen de la preuve documentaire soumise par les parties sur les effets du régime d’inclusion/déduction, le juge Hugessen conclut que l’al. 56(1)(b) LIR ne peut être sauvegardé par l’article premier de la *Charte*, puisqu’il ne satisfait pas aux critères de l’atteinte minimale et de proportionnalité développés sous l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. La demande de contrôle judiciaire est accueillie et la décision de la Cour canadienne de l’impôt est annulée.

Le juge Létourneau, dissident

Le juge Létourneau est d’avis que l’al. 56(1)(b) LIR n’engendre aucune discrimination, qu’elle soit fondée sur le sexe ou sur un motif analogue comme l’état civil ou la condition sociale. Il admet, certes, que l’intimée et les membres du groupe dont elle fait partie subissent un traitement différent en raison de cette disposition législative mais il estime néanmoins que cette différence de traitement ne saurait être qualifiée de discriminatoire.

Il souligne d’abord qu’il est de la nature même de la LIR d’opérer toute une série de distinctions et de différences de traitement en tenant compte de la réalité économique qui va normalement de pair avec l’état civil du contribuable. Le juge Létourneau rappelle, par ailleurs, que selon les décisions rendues par notre Cour dans les affaires *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, et *Symes*, précitée, la détermination de l’existence d’une discrimination requiert un examen du contexte général. Aussi, aux pp. 227 et 228, rejette-t-il l’interprétation purement textuelle de la LIR en ces termes:

79

80

81

To undertake only a purely textual analysis of the provisions of the *Income Tax Act*, which establishes a distinction that takes civil status into account, and then conclude that there is discrimination amounts to ignoring the social, political, legal and economic reality which this Act and its provisions inhabit, and which are experienced differently by taxpayers whose family situations differ. . . .

. . . To ignore this economic context, the reality that underlies it and the importance that the Government must necessarily place on it would mean that the numerous provisions of this Act which set up a distinction and impose different burdens based on different economic realities, because different civil statuses produce different needs, would be *prima facie* discriminatory.

82 He went on to say, at pp. 228-29, that an examination of the subject matter of the impugned legislative provision is a relevant part of the analysis required by s. 15(1) of the *Charter*:

Paragraph 56(1)(b) . . . is intended precisely as a remedy for the disadvantages that this group of taxpayers, to which the applicant belongs, had suffered at one time The remedial measure necessarily creates a distinction by taking into account these people's civil status, since this is the group it is addressing, and this is the group that is living in a different and difficult economic situation as a result of the breakdown of the family unit. This distinction does not necessarily constitute discrimination. When read and taken literally in isolation, the measure may appear discriminatory, but it is not when it is placed in its socio-economic and socio-political context and the goal in mind is taken into account.

83 Finally, Létourneau J.A. noted on this point that despite the improvements that might be desired, it should not be forgotten that s. 56(1)(b) ITA produces a beneficial effect in most cases. Under s. 15(1) of the *Charter* a remedy does not have to be flawless and without secondary effects. He concluded at p. 230 that the requirement "[of] such an obligation in terms of the result would have a paralysing effect on any initiative contemplated or taken to correct the prejudicial effects of a policy in the past".

S'en remettre à la simple et seule interprétation textuelle des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui établissent une distinction en tenant compte de l'état civil, pour ensuite conclure à de la discrimination équivaut à ignorer la réalité sociale, politique, juridique et économique dans laquelle cette Loi et ses dispositions s'insèrent et que vivent différemment les contribuables dont la situation familiale diffère . . .

. . . Ignorer ce contexte économique, la réalité qui en est sous-jacente et l'importance que doivent nécessairement y accorder les pouvoirs publics ferait en sorte que seraient *prima facie* discriminatoires les nombreuses dispositions de cette Loi qui opèrent une distinction et imposent un fardeau différent sur la base d'une réalité économique différente à cause d'un état civil différent générateur de besoins différents.

Il ajoute, aux pp. 228 et 229, que l'examen de la nature même de la disposition législative attaquée est un élément pertinent dans le cadre de l'analyse commandée par le par. 15(1) de la *Charte*:

Or, l'alinéa 56(1)(b) [. . .] constitue précisément une mesure de redressement des désavantages dont ce groupe de contribuables, auquel la requérante appartient, a pu faire l'objet à une époque donnée [. . .] Forcément, la mesure corrective crée une distinction en tenant compte de l'état civil de ces personnes puisque c'est à ce groupe qu'elle s'adresse et que c'est ce groupe qui vit une situation économique différente et difficile suite au démantèlement de la cellule familiale. Cette distinction ne constitue pas de la discrimination pour autant. Lue et prise littéralement et isolément, la mesure peut apparaître discriminatoire, mais elle ne l'est pas lorsqu'on la replace dans son contexte socio-économique et socio-politique et que l'on tient compte de la finalité recherchée.

Le juge Létourneau souligne enfin, sur cette question, qu'en dépit des améliorations qu'on pourrait lui souhaiter, il ne faut pas perdre de vue que l'al. 56(1)(b) LIR produit un effet bénéfique dans la majorité des cas. On ne saurait prétendre, au sens du par. 15(1) de la *Charte*, qu'une mesure de redressement doive être sans faille ou effet secondaire. Il conclut, à la p. 230, que l'exigence «[d']une telle obligation de résultat aurait un effet paralysant sur toute initiative envisagée ou prise pour corriger les effets préjudiciables d'une politique passée».

In concluding his reasons, Létourneau J.A. also dismissed the respondent's argument that the members of the group to which she claims to belong are the victims of discrimination on the basis of social condition.

III — Issues

This case requires the Court to consider the following constitutional questions, as stated by the Chief Justice on July 11, 1994:

1. Does s. 56(1)(b) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, infringe the equality rights guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If s. 56(1)(b) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, infringes the equality rights guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is it justified in the context of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

IV — Relevant Statutory Provisions

At the relevant dates the ITA provided the following:

3. The income of a taxpayer for a taxation year for the purposes of this Part is his income for the year determined by the following rules:

(a) determine the aggregate of amounts each of which is the taxpayer's income for the year (other than a taxable capital gain from the disposition of a property) from a source inside or outside Canada, including, without restricting the generality of the foregoing, his income for the year from each office, employment, business and property;

56. (1) Without restricting the generality of section 3, there shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year,

(b) any amount received by the taxpayer in the year, pursuant to a decree, order or judgment of a competent tribunal or pursuant to a written agreement, as alimony or other allowance payable on a periodic basis for the maintenance of the recipient thereof, children of the marriage, or both the recipi-

Pour clore ses motifs, le juge Létourneau rejette également l'argument de l'intimée voulant que les membres du groupe dont elle se réclame soient victimes d'une discrimination fondée sur la condition sociale.

III — Les questions en litige

Devant notre Cour, il s'agit maintenant de répondre aux questions constitutionnelles suivantes, telles que formulées par le Juge en chef le 11 juillet 1994:

1. L'alinéa 56(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'éventualité où l'al. 56(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, portait atteinte aux droits garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-il justifié dans le cadre de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

IV — Les dispositions législatives pertinentes

Aux dates pertinentes au litige, la LIR prévoyait ce qui suit:

3. Le revenu d'un contribuable pour une année d'imposition, aux fins de la présente Partie, est son revenu pour l'année, déterminé selon les règles suivantes:

a) en calculant le total des sommes qui constituent chacune le revenu d'un contribuable pour l'année (autre qu'un gain en capital imposable résultant de la disposition d'un bien), dont la source se situe à l'intérieur ou à l'extérieur du Canada, y compris, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, le revenu tiré de chaque charge, emploi, entreprise et bien;

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,

b) toute somme reçue dans l'année par le contribuable en vertu d'un arrêt, d'une ordonnance ou d'un jugement rendu par un tribunal compétent ou en vertu d'un accord écrit, à titre de pension alimentaire ou autre allocation payable périodiquement pour subvenir aux besoins du bénéficiaire,

84

85

86

ent and children of the marriage, if the recipient was living apart from, and was separated pursuant to a divorce, judicial separation or written separation agreement from, the spouse or former spouse required to make the payment at the time the payment was received and throughout the remainder of the year;

60. There may be deducted in computing a taxpayer's income for a taxation year such of the following amounts as are applicable:

(b) an amount paid by the taxpayer in the year, pursuant to a decree, order or judgment of a competent tribunal or pursuant to a written agreement, as alimony or other allowance payable on a periodic basis for the maintenance of the recipient thereof, children of the marriage, or both the recipient and children of the marriage, if he was living apart from, and was separated pursuant to a divorce, judicial separation or written separation agreement from, his spouse or former spouse to whom he was required to make the payment at the time the payment was made and throughout the remainder of the year;

⁸⁷ For ease of reference I also set out below s. 15(1) of the *Charter*:

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

V — Analysis

⁸⁸ Essentially, the respondent's arguments require a review of the separate system created by the combined effect of ss. 56(1)(b) and 60(b) ITA, and in particular the question of how the benefit produced by the mechanisms so created is to be distributed between the custodial parent and the non-custodial parent. In this connection, it will thus be useful first to examine the general principles by which we must be guided in formulating a response to the first point at issue. They will be

des enfants issus du mariage ou à la fois du bénéficiaire et des enfants issus du mariage, si le bénéficiaire vivait séparé en vertu d'un divorce, d'une séparation judiciaire ou d'un accord écrit de séparation du conjoint ou de l'ex-conjoint tenu de faire le paiement, à la date où le paiement a été reçu et durant le reste de l'année;

60. Peuvent être déduites lors du calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition les sommes suivantes qui sont appropriées:

b) toute somme payée dans l'année par le contribuable, en vertu d'un arrêt, d'une ordonnance ou d'un jugement rendus par un tribunal compétent ou en vertu d'un accord écrit, à titre de pension alimentaire ou autre allocation payable périodiquement pour subvenir aux besoins du bénéficiaire, des enfants issus du mariage ou à la fois du bénéficiaire et des enfants issus du mariage, si le contribuable vivait séparé, en vertu d'un divorce, d'une séparation judiciaire ou d'un accord écrit de séparation, du conjoint ou de l'ex-conjoint à qui il était tenu de faire le paiement, le jour où le paiement a été effectué et durant le reste de l'année;

Afin d'en faciliter la consultation, je reproduis également ci-dessous le par. 15(1) de la *Charte*:

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

V — Analyse

Les prétentions de l'intimée commandent en dernière analyse l'étude du régime distinct mis en place par le jeu combiné des al. 56(1)(b) et 60(b) LIR et plus particulièrement la question de la répartition, entre le parent gardien et le parent non gardien, du bénéfice généré par les mécanismes ainsi créés. Il convient donc, à cet égard, d'exposer en premier lieu les principes généraux qui doivent nous guider dans l'élaboration de la réponse à la première question en litige. Ils seront développés

discussed in the next three subsections. The following section then applies these principles to the case at bar.

A. *An Infringement of Equality Rights*

(1) Background

In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, this Court *per Dickson J.* (as he then was), at p. 344, indicated the parameters within which a right or freedom protected by the *Charter* should be analysed:

... this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter's* protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts.

There can be no doubt that this passage also applies to the definition and interpretation of the equality rights contained in s. 15(1) of the *Charter*.

Additionally, the ITA is subject to the application of the *Charter* just as any other legislation is: the special nature of the former clearly cannot be taken as a basis for maintaining that it is not subject to the latter. This was recently pointed out by my colleague Iacobucci J. in *Symes, supra*, at p. 753. I would add, however, that though it may not be relevant to determining whether the *Charter* applies to the ITA, the special nature of the latter is nonetheless a significant factor that must be taken into account in defining the scope of the right

dans les trois prochaines sous-sections. La dernière section en fera l'application à l'espèce.

A. *Une atteinte aux droits à l'égalité*

(1) Remarques liminaires

Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, notre Cour a, sous la plume du juge Dickson (plus tard Juge en chef), à la p. 344, mis en relief les éléments à la lumière desquels un droit ou une liberté protégé par la *Charte* devait être analysé:

... il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de [notre] Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés.

Il ne fait pas de doute que ce passage s'applique également à la définition et à l'interprétation des droits à l'égalité contenus au par. 15(1) de la *Charte*.

La LIR, par ailleurs, est soumise à l'application de la *Charte* comme l'est toute autre loi: on ne saurait se fonder sur la nature particulière de la première pour soutenir que celle-ci n'est pas assujettie à la seconde. C'est ce qu'a rappelé récemment mon collègue le juge Iacobucci dans l'affaire *Symes*, précitée, à la p. 753. J'ajouterais cependant que sans être pertinente à la détermination de l'application de la *Charte* à son égard, la nature particulière de la LIR n'en demeure pas moins un élément important dont il faut tenir compte dans la

89

90

relied on, which here as we know is the right to the “equal benefit of the law”.

91 It is of the very essence of the ITA to make distinctions, so as to generate revenue for the government while equitably reconciling a range of necessarily divergent interests. In view of this, the right to the equal benefit of the law cannot mean that each taxpayer has an equal right to receive the same amounts, deductions or benefits, but merely a right to be equally governed by the law. The basic purpose of s. 15 of the *Charter* was explained by McIntyre J. in *Andrews*, *supra*, at p. 171:

It is clear that the purpose of s. 15 is to ensure equality in the formulation and application of the law. The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration.

That being the case, one should not confuse the concept of fiscal equity, which is concerned with the best distribution of the tax burden in light of the need for revenue, the taxpayers' ability to pay and the economic and social policies of the government, with the concept of the right to equality, which as I shall explain in detail later means that a member of a group shall not be disadvantaged on account of an irrelevant personal characteristic shared by that group.

(2) The Nature and Operation of the ITA

(a) *The General System for Taxing Individual Income*

92 The basic system of the ITA rests on the principle that a taxpayer's taxable income is computed in accordance with all of his so-called sources of income. Section 3 ITA contains the formula for arriving at a taxpayer's income for a taxation year. It is true that, using wording which is intended to be extremely flexible and all-inclusive, the legislature has chosen to refer to the three most important sources of income, namely income from an office or employment, business and property; but this list

définition de la portée du droit invoqué, que l'on sait être en l'espèce le droit «au même bénéfice de la loi».

Or il est de l'essence même de la LIR de faire des distinctions, de manière à générer des revenus pour l'État tout en composant de façon équitable avec un ensemble d'intérêts forcément divergents. Dans cette perspective, le droit au même bénéfice de la loi ne saurait signifier que chaque contribuable a un droit égal de recevoir les mêmes sommes, déductions ou avantages mais seulement un droit d'être également régi par la loi. L'objet fondamental de l'art. 15 de la *Charte* a en effet été précisé par le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, précité, à la p. 171:

Il est clair que l'art. 15 a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération.

Ceci étant, il ne faudrait donc pas confondre le concept d'équité fiscale, qui vise la meilleure répartition du fardeau fiscal compte tenu des besoins du fisc, de la capacité de payer des contribuables et des politiques économiques et sociales de l'État avec la notion de droit à l'égalité qui veut, comme je l'exposerai en détail ci-dessous, qu'un membre d'un groupe ne soit pas désavantagé en raison d'une caractéristique personnelle non pertinente partagée par ce groupe.

(2) La nature et le fonctionnement de la LIR

a) *Le régime général d'impôt sur le revenu des particuliers*

Le régime de base de la LIR repose sur le principe selon lequel le revenu imposable d'un contribuable est calculé en tenant compte de l'ensemble de ses sources dites de revenu. C'est à l'art. 3 LIR que se situe la formule qui permet d'établir le revenu d'un contribuable pour une année d'imposition. Aux termes d'une rédaction qui se veut extrêmement souple et englobante, le législateur a certes choisi de faire état des trois sources de revenu les plus importantes, nommément le revenu tiré de

is not exhaustive. With this in mind it should not be surprising that certain amounts received by a taxpayer, though they are not on the list of the principal sources of income enumerated in s. 3 ITA, are nevertheless treated as taxable for the person receiving them.

The mechanisms of the ITA are also intended to express another principle, namely that the unit of taxation is the individual. From this principle there follows the rule that the individual is taxed on the whole of his income, that he may not, for example, divide it among the members of his family in order to reduce his total tax payable. This is the general prohibition on income splitting. Accordingly, within a married couple each parent has to pay tax on his or her own income; the same applies to the income received by a child of the marriage. There are certainly provisions in the ITA, such as deductions for spouses and dependants, which do take into account the unit represented by the couple, in order to reflect the economic reality peculiar to it. That does not mean they detract from the importance of the rule stated earlier.

(b) *Particular System Created by Sections 56(1)(b) and 60(b)*

The legislature has nevertheless sought to deal with the unfavourable economic consequences resulting from the breakup of the family unit. In 1942, it thus created by the combined effect of ss. 56(1)(b) and 60(b) ITA what is commonly referred to as the inclusion/deduction system. This is a system which applies only to separated or divorced spouses and which exceptionally permits income splitting between the latter in order to increase their available resources. This was recognized by Beetz J. in *Gagnon v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 264, at p. 268, where this Court had to determine whether certain monthly payments made to an ex-wife to repay charges on her property were deductible under s. 60(b) ITA:

chaque charge ou emploi, entreprise et bien, mais sans toutefois s'y limiter. Dans cette perspective, il ne faudrait pas s'étonner de ce que certaines sommes reçues par un contribuable, même si elles ne figurent pas parmi la liste des principales sources de revenu énumérées à l'art. 3 LIR, soient néanmoins qualifiées de sommes imposables pour celui ou celle qui les reçoit.

Les mécanismes de la LIR se veulent également l'expression d'un autre principe, selon lequel l'unité d'imposition est l'individu. De ce même principe découle la règle voulant que le particulier soit imposé sur l'ensemble de ses revenus, qu'il ne saurait, par exemple, diviser entre les membres de sa famille afin de réduire le total de son impôt à payer. C'est l'interdiction générale de fractionnement du revenu. Ainsi, au sein d'un couple marié, chaque parent est-il appelé à payer de l'impôt sur son propre revenu; il en est de même pour l'enfant issu du mariage à l'égard du revenu qu'il perçoit. Il existe, certes, des aménagements dans la LIR, comme les déductions pour conjoint et pour personne à charge, qui tiennent compte de l'unité que constitue le couple, et ce afin de répondre à la réalité économique qui lui est particulière. Cela ne nous autorise pas pour autant à nier l'importance du principe exposé plus haut.

b) *Le régime particulier mis en place par les al. 56(1)(b) et 60b)*

Le législateur a néanmoins voulu répondre aux conséquences économiques défavorables engendrées par l'éclatement de la cellule familiale. En 1942, il a donc mis sur pied ce qui, par le jeu combiné des al. 56(1)(b) et 60b) LIR, est communément appelé le régime d'inclusion/déduction. Il s'agit d'un régime qui ne vise que les conjoints séparés ou divorcés et qui autorise, à titre exceptionnel, le fractionnement du revenu entre ces derniers dans le but d'accroître leurs ressources disponibles. C'est ce que reconnaissait le juge Beetz, à la p. 268, dans l'arrêt *Gagnon c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 264, où notre Cour devait déterminer si certains paiements mensuels versés à l'ex-épouse pour le remboursement de charges affectant son immeuble étaient déductibles en vertu de l'al. 60b) LIR:

The purpose of these provisions, by allowing income splitting between former spouses or separated spouses, is to distribute the tax burden between them. As C. Dawe wrote in an article titled "Section 60(b) of the *Income Tax Act: An Analysis and Some Proposals for Reform*" (1979), 5 *Queen's L.J.* 153:

This allows the spouses greater financial resources than when living together, compensating in part for the lost economics of maintaining a single household.

En permettant aux ex-conjoints ou aux conjoints séparés un fractionnement de leurs revenus (*income splitting*), ces dispositions ont pour but de partager entre eux le fardeau fiscal. Comme l'écrit C. Dawe dans un article intitulé «Section 60(b) of the *Income Tax Act: An Analysis and Some Proposals for Reform*» (1979), 5 *Queen's L.J.* 153:

[TRADUCTION] Cela donne aux conjoints de plus grandes ressources financières que s'ils vivaient ensemble, compensant en partie pour l'économie perdue que constitue le fait de maintenir un seul foyer.

95 For an overall understanding of the inclusion/deduction system we must look at its specific mechanism. Alimony becomes taxable for the treasury by virtue of s. 56(1)(b) ITA. It will be noted that this source of income does not appear in s. 3 ITA. Section 56(1)(b) imposes on a parent who has custody of his or her child an obligation to include in computing income any amounts received as alimony for the maintenance of the child. At the same time, s. 60(b) ITA allows alimony so paid to be deducted in computing the non-custodial parent's income. This is where income splitting comes in: as we know, it is prohibited under the general system of taxation described earlier. A portion of the payer's income, equivalent to the amount of the alimony paid, is taxed in the hands of the recipient. The payer thus has his income split, contrary to the well-settled rule that an individual must be taxed on all his income. It should be noted that the income splitting at issue is not that of the couple but that of an individual, in this case the payer of the alimony. It is my view that this is how the passage by Beetz J. reproduced earlier is to be understood.

Saisir le portrait global du régime d'inclusion/déduction requiert que l'on se penche sur son mécanisme particulier. C'est par le biais de l'al. 56(1)(b) LIR qu'une pension alimentaire devient imposable aux yeux du fisc. On remarquera, en effet, que cette source de revenu ne figure pas à l'art. 3 LIR. L'alinéa 56(1)(b) prescrit au parent qui a la garde de son enfant l'obligation d'inclure dans le calcul de son revenu les montants reçus à titre de pension alimentaire pour l'entretien de ce dernier. Parallèlement, l'al. 60(b) LIR permet que soit déduite, dans le calcul du revenu du parent non gardien, la pension alimentaire ainsi versée. C'est ici qu'intervient le fractionnement du revenu, que l'on sait par ailleurs prohibé sous le régime général d'imposition décrit plus haut. En effet, une portion du revenu du payeur, équivalente au montant de la pension alimentaire versée, est imposée entre les mains du prestataire. Le payeur voit dès lors son revenu fractionné, contrairement au principe bien établi selon lequel le particulier doit être imposé sur tous ses revenus. À noter que le fractionnement du revenu dont il est question n'est pas celui du couple mais celui d'un individu, en l'occurrence le payeur de la pension. Je suis d'avis que c'est ainsi que le passage du juge Beetz, reproduit plus haut, doit se comprendre.

96 It is by means of this income splitting operation that the legislature has sought to increase the available resources that can be used for the benefit of the children. This measure generally results in a net tax saving, allowing the court which has to set the amount of maintenance to increase the alimony to be paid by an amount equal to the amount thus saved.

C'est par le recours à cette opération de fractionnement du revenu que le législateur cherche à augmenter les ressources disponibles qui pourront être utilisées au profit des enfants. En effet, cette mesure se traduit généralement par une épargne nette d'impôt, ce qui permet au tribunal appelé à fixer le montant des aliments d'augmenter la pension alimentaire à être versée d'une somme égale à l'impôt ainsi épargné.

The tax savings generated by this system depend, however, on the difference in tax rates between the payer and the recipient of alimony. Accordingly, the more the marginal tax rate of the payer of the alimony exceeds that of the recipient, the greater the tax benefit. If the marginal tax rate is the same for the payer and the recipient, then the effect of the legislation is neutral. On the other hand, if the custodial parent receiving the alimony is taxed at a marginal rate greater than that of the payer, then the tax he or she must pay will be higher than the saving which the non-custodial parent will enjoy. In short, for the deduction provided for in s. 60(b) ITA to produce a benefit for the custodial parent as well, the additional tax which the latter has to pay on account of the inclusion requirement provided for in s. 56(1)(b) must correspondingly be covered by a greater increase in the alimony to be paid by the non-custodial parent.

In fact, although the tax savings generated by the inclusion/deduction system depend on a variable, namely the difference between the tax rates of the members of the couple, the system appears to confer a benefit in most cases: the evidence in the record indicated that recipient parents are generally subject to a tax rate lower than that of the parents paying the alimony.

On this aspect of the matter, finally, I would note that for the inclusion requirement in s. 56(1)(b) to arise, the alimony must have certain characteristics. The amount paid for the child's maintenance must *inter alia* be determined "pursuant to a decree, order or judgment of a competent tribunal or pursuant to a written agreement". It should be noted that the ITA through the provisions under consideration does not create a support obligation: the latter is covered by provincial legislation such as the *Civil Code of Quebec*, S.Q. 1980, c. 39 (now S.Q. 1991, c. 64), and by the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8 (replaced by S.C. 1986, c. 4 (now R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.))). In fact, the ITA only lays down the conditions under which certain forms of alimony will be covered by

Les économies d'impôt favorisées par ce régime sont toutefois fonction de la différence des taux d'imposition entre le débiteur et le créancier alimentaire. Ainsi, plus le taux marginal d'imposition du payeur de la pension excède celui du prestataire, plus l'avantage fiscal est important. Si le taux marginal d'imposition est le même pour le payeur et le prestataire, alors l'effet de la loi est neutre. Si, par ailleurs, le parent gardien, prestataire de la pension, est imposé à un taux marginal supérieur à celui du payeur, alors l'impôt qu'il devra verser sera plus élevé que l'épargne dont bénéficiera le parent non gardien. En somme, pour que la déduction prévue à l'al. 60b) LIR engendre aussi un bénéfice à l'égard du parent gardien, il faut que l'impôt additionnel que celui-ci est appelé à payer en raison de l'obligation d'inclusion prévue à l'al. 56(1)b) soit, en contrepartie, couvert par une augmentation supérieure de la pension alimentaire à être versée par le parent non gardien.

Dans les faits, bien que les économies d'impôt générées par le régime d'inclusion/déduction soient subordonnées à une variable, nommément, la différence entre les taux d'imposition des membres du couple, il appert que ce régime entraîne un bénéfice dans la majorité des cas: la preuve versée au dossier a en effet révélé que les parents prestataires sont généralement assujettis à un taux d'imposition inférieur à celui des parents qui versent la pension alimentaire.

Sur cet aspect de la question, je souligne enfin que pour que naisse l'obligation d'inclusion de l'al. 56(1)b), la pension alimentaire doit revêtir certaines caractéristiques. La somme versée pour subvenir aux besoins de l'enfant doit, entre autres, être fixée «en vertu d'un arrêt, d'une ordonnance ou d'un jugement rendu par un tribunal compétent ou en vertu d'un accord écrit». Il est à noter que par le biais des dispositions législatives à l'étude, la LIR ne crée pas d'obligation alimentaire; celle-ci est prévue par les lois provinciales, comme le *Code civil du Québec*, L.Q. 1980, ch. 39 (maintenant L.Q. 1991, ch. 64), et par la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, ch. D-8 (remplacée par S.C. 1986, ch. 4 (maintenant L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.))). En fait, la LIR ne fait que circonscrire les

97

98

99

the inclusion/deduction system. In my view, it could not be seen as having any other function.

(c) *Section 15(1) of the Charter: Some Principles of Analysis*

100 In recent years this Court has had occasion to state some of the fundamental principles applicable to an analysis made under s. 15(1) of the *Charter*. *Andrews, supra*, marked the beginning of the effort undertaken by this Court to define the content of the right to equality. I note that the essential points in that judgment were recently highlighted by my colleague Iacobucci J. in *Symes, supra*. I again refer to them.

101 In *Andrews*, at pp. 168-69, McIntyre J. first noted that discrimination will not result from every distinction or difference in treatment. In my view, this observation applies especially to tax legislation, the very essence of which is to create categories:

It is, of course, obvious that legislatures may — and to govern effectively — must treat different individuals and groups in different ways. Indeed, such distinctions are one of the main preoccupations of legislatures. The classifying of individuals and groups, the making of different provisions respecting such groups, the application of different rules, regulations, requirements and qualifications to different persons is necessary for the governance of modern society.

Section 15(1) of the *Charter* is thus designed only to eliminate discriminatory distinctions. The concept of discrimination was outlined by McIntyre J. as follows, at pp. 174-75:

... discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely

conditions en vertu desquelles certaines formes de pensions alimentaires seront visées par le régime d'inclusion/déduction. On ne saurait donc, à mon sens, lui trouver d'autre vocation.

c) *Le paragraphe 15(1) de la Charte: quelques principes d'analyse*

Au cours des dernières années, notre Cour a eu l'occasion de formuler certains des principes fondamentaux applicables à une analyse faite en vertu du par. 15(1) de la *Charte*. C'est l'arrêt *Andrews*, précité, qui a marqué les débuts de la démarche entreprise par notre Cour afin de préciser le contenu du droit à l'égalité. Je note que les éléments essentiels de cette décision ont été récemment mis en relief par mon collègue le juge Iacobucci dans l'affaire *Symes*, précitée. J'en fais état à nouveau.

Dans l'arrêt *Andrews*, aux pp. 168 et 169, le juge McIntyre rappelle d'abord que la discrimination ne saurait résulter de toutes les distinctions ou différences de traitement. Cette remarque, à mon sens, s'applique d'autant plus à la loi fiscale qui, par essence, est appelée à dresser des catégories:

Il est certes évident que les législatures peuvent et, pour gouverner efficacement, doivent traiter des individus ou des groupes différents de façons différentes. En effet, de telles distinctions représentent l'une des principales préoccupations des législatures. La classification des individus et des groupes, la rédaction de différentes dispositions concernant de tels groupes, l'application de règles, de règlements, d'exigences et de qualifications différents à des personnes différentes sont nécessaires pour gouverner la société moderne.

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* ne vise donc qu'à éliminer les distinctions discriminatoires. Les contours du concept de discrimination sont par ailleurs précisés par le juge McIntyre de la manière suivante, aux pp. 174 et 175:

... la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques

on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed. [Emphasis added.]

These comments make it clear that s. 15(1) of the *Charter* provides protection both from direct discrimination and from discrimination by prejudicial effect. In the words of McIntyre J., at p. 165, equality must be analysed essentially according to "the impact of the law on the individual or the group concerned".

These are the basic principles that run through the concept of discrimination. I note the general nature of the remarks made by McIntyre J. in this connection. Accordingly, while bearing in mind the analytical framework he has provided us with, the notion of discrimination requires some further clarification.

The method of analysing s. 15(1) of the *Charter*, designed to serve this objective, is set out in my reasons in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, rendered concurrently herewith. As explained in that case, the question is whether the impugned provision creates a prejudicial distinction affecting the complainant as a member of a group, based on an irrelevant personal characteristic shared by the group. For the sake of convenience, this analytical method is divided into three stages.

The first of these involves determining whether the provision in question creates a distinction between the individual, as a member of a group, and others. This distinction may result from the wording of the provision on its face. This was noted by Iacobucci J. in *Symes*, *supra*, at pp. 761-62:

With respect to whether s. 63 [ITA] creates a distinction, the language of s. 63 must be separated from its effect. Clearly, the language of that provision does not include terms which expressly limit the child care expense deduction to one sex or the other. Instead, for the sake of simplicity in light of s. 63's multifaceted requirements, I can state that s. 63 creates a facial distinction between those supporting persons who incur

personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement. [Je souligne.]

Ces propos laissent clairement entendre que le par. 15(1) de la *Charte* protège autant de la discrimination directe que de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Selon les termes mêmes du juge McIntyre, à la p. 165, l'égalité s'analyse essentiellement selon «l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné».

Ce sont là les lignes directrices dont le concept de discrimination s'est vu imprégné. Je note, en effet, la nature générale des propos tenus par le juge McIntyre à cet égard. Aussi, tout en gardant à l'esprit le cadre d'analyse qu'il nous a fourni, je conviens de ce que la notion de discrimination demande à être précisée.

La méthode d'analyse du par. 15(1) de la *Charte* destinée à servir cet objectif a fait l'objet de mes motifs dans l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, rendu en même temps que la présente. Aux termes de cette dernière, il s'agit de déterminer si la disposition législative contestée crée, à l'égard du plaignant en tant que membre d'un groupe, une distinction préjudiciable fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente partagée par ce groupe. Pour des raisons de commodité, cette méthode d'analyse se divise en trois étapes.

La première d'entre elles vise à établir si la disposition législative en cause crée une distinction entre l'individu, membre d'un groupe, et les autres. Cette distinction peut se dégager de la formulation ou du libellé même de la disposition législative. C'est ce que souligne le juge Iacobucci dans l'affaire *Symes*, précitée, aux pp. 761 et 762:

Quant à savoir si l'art. 63 [LIR] crée une distinction, le libellé de l'art. 63 doit être dissocié de son effet. De toute évidence, le libellé de cette disposition ne comporte pas de termes qui limitent expressément la déduction des frais de garde d'enfants aux membres d'un sexe ou de l'autre. En fait, par souci de simplicité, compte tenu des exigences multiples de l'art. 63, je peux affirmer que cet article crée, d'après sa formulation, une dis-

102

103

104

child care expenses with respect to an eligible child, and those persons who do not. [Emphasis added.]

inction entre les personnes qui assument les frais d'entretien d'un enfant admissible et les personnes qui ne sont pas dans cette situation. [Je souligne.]

105 The second stage involves determining whether this distinction creates prejudice in respect of the group in question. This element is essential: discrimination can only be said to exist if the result of the impugned provision is to impose on the group a burden, obligation or disadvantage not imposed on others. I refer in this regard to what was said by McIntyre J. in *Andrews, supra*, at pp. 180-81:

La seconde étape cherche à savoir si cette distinction engendre un préjudice à l'égard du groupe visé. Cet élément est essentiel: on ne peut, en effet, conclure à l'existence de discrimination que si la disposition législative attaquée a pour résultat d'imposer au groupe un fardeau, une obligation ou un désavantage non imposé à d'autres. Je rappelle, à ce titre, les propos du juge McIntyre aux pp. 180 et 181 de l'arrêt *Andrews*, précité:

The words "without discrimination" require more than a mere finding of distinction between the treatment of groups or individuals. Those words are a form of qualifier built into s. 15 itself and limit those distinctions which are forbidden by the section to those which involve prejudice or disadvantage. [Emphasis added.]

L'expression «indépendamment de toute discrimination» exige davantage qu'une simple constatation de distinction dans le traitement de groupes ou d'individus. Cette expression est une forme de réserve incorporée dans l'art. 15 lui-même qui limite les distinctions prohibées par la disposition à celles qui entraînent un préjudice ou un désavantage. [Je souligne.]

106 Finally, in the third stage it must be determined whether the distinction created is based on an irrelevant personal characteristic which is an enumerated or analogous ground under s. 15(1) of the *Charter*. Relevance is to be determined in light of the underlying objectives of the legislation.

Enfin, dans le cadre de la troisième étape, il faut déterminer si la distinction créée est fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente qui soit un motif énuméré ou analogue aux termes du par. 15(1) de la *Charte*. La pertinence doit s'établir à la lumière des objectifs sous-jacents à la loi.

107 By its very nature the review described in the preceding paragraphs rests on a comparative analysis. In *Symes, supra*, at p. 754, Iacobucci J. referred to the part played by this fundamental principle in determining inequality in light of particular facts. He relied in this regard on the observations of McIntyre J., who said in *Andrews, supra*, at p. 164, that the condition of equality "may only be attained or discerned by comparison with the condition of others in the social and political setting in which the question arises".

L'examen décrit dans les paragraphes précédents repose par sa nature même sur une analyse comparative. Dans l'affaire *Symes*, précitée, à la p. 754, le juge Iacobucci rappelle le rôle qu'est appelé à jouer ce principe directeur dans la détermination d'une inégalité à la lumière de circonstances factuelles données. Il prend appui, à ce titre, sur les propos du juge McIntyre, affirmant dans *Andrews*, précité, à la p. 164, que l'incarnation de la notion d'égalité «ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée».

108 The importance of the comparative approach and the close connection between this and a review of the general context were noted by Wilson J. in *Turpin, supra*, at pp. 1331-32:

L'importance de l'approche comparative et les liens étroits qui relie cette dernière à un examen du contexte général ont été relevés par le juge Wilson dans l'affaire *Turpin*, précitée, aux pp. 1331 et 1332:

In determining whether there is discrimination on grounds relating to the personal characteristics of the

Pour déterminer s'il y a discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d'un indi-

individual or group, it is important to look not only at the impugned legislation which has created a distinction that violates the right to equality but also to the larger social, political and legal context. . . . Accordingly, it is only by examining the larger context that a court can determine whether differential treatment results in inequality or whether, contrariwise, it would be identical treatment which would in the particular context result in inequality or foster disadvantage. [Emphasis added.]

The context has a vital part to play in identifying comparative groups and criteria, in determining prejudice and in assessing the nature and relevance of the personal characteristic to which the distinction refers.

The case at bar raises more particularly the question of defining the legal context in a tax matter. In accordance with the comparative approach described earlier, the appellant suggested that account should be taken of the underlying objectives of the inclusion/deduction system in determining whether s. 15 of the *Charter* has been infringed. In the appellant's submission there are four such objectives: the observance of fiscal equity between taxpayers, increasing the financial resources of separated couples, coherent arrangement of the tax system and an intention to encourage the payment of alimony. Based on this premise, the appellant then argued that other measures contained in the ITA, such as tax credits, and family law in general, are relevant in assessing whether s. 56(1)(b) ITA has a prejudicial effect.

In support of the respondent's arguments, on the other hand, the intervener SCOPE submitted that any argument about the factors that led to the adoption of this system should be considered under s. 1 of the *Charter*, so as not to impose an unduly heavy burden on a person claiming an infringement of his or her equality rights. SCOPE relied on *Andrews and Turpin, supra*, in this regard and in particular on the comments of Wilson J. who stated, at p. 1328 of the latter case, that "[t]he equality rights must be given their full content

vidu ou d'un groupe d'individus, il importe d'examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une distinction contraire au droit à l'égalité, mais aussi d'examiner l'ensemble des contextes social, politique et juridique. [. . .] En conséquence, ce n'est qu'en examinant le contexte général qu'une cour de justice peut déterminer si la différence de traitement engendre une inégalité ou si, au contraire, l'identité de traitement engendre, à cause du contexte particulier, une inégalité ou présente un désavantage. [Je souligne.]

Le contexte joue en effet un rôle indispensable dans l'identification des groupes et des critères de comparaison, dans la détermination du préjudice et dans l'évaluation de la nature et de la pertinence de la caractéristique personnelle en vertu de laquelle la distinction est créée.

La présente affaire soulève de façon plus particulière la question de la définition du contexte juridique en matière fiscale. Dans le cadre de l'approche comparative décrite ci-haut, l'appelante suggère en effet qu'il devrait être tenu compte des objectifs sous-jacents du régime d'inclusion/déduction afin de déterminer s'il y a eu violation de l'art. 15 de la *Charte*. D'après l'appelante, ces objectifs sont au nombre de quatre: le respect de l'équité fiscale entre contribuables, l'accroissement des ressources financières des couples séparés, l'aménagement cohérent du régime fiscal et la volonté de favoriser le versement des pensions alimentaires. Prenant appui sur cette prémisses, l'appelante invoque alors la pertinence des autres mesures prévues par la LIR, comme les crédits d'impôt, de même que celle du droit de la famille en général, dans l'évaluation du caractère préjudiciable de l'al. 56(1)b) LIR.

Au soutien des prétentions de l'intimée, l'intervenant SCOPE soumet plutôt que tout argument relatif aux considérations qui ont favorisé l'adoption de ce régime doit être étudié sous l'article premier de la *Charte*, de manière à ne pas imposer un fardeau indûment lourd à celui ou celle qui invoque une violation de ses droits à l'égalité. SCOPE s'appuie, à ce titre, sur les arrêts *Andrews* et *Turpin*, précités, et particulièrement sur les propos du juge Wilson qui précise, à la p. 1328 de cette dernière affaire, qu'«[i]l faut donner aux

109

110

divorced from justificatory factors properly considered under s. 1”.

droits à l'égalité leur plein sens, indépendamment des facteurs justificatifs qu'il convient d'examiner en vertu de l'article premier».

111 In view of the parties' respective positions on this point, it is necessary to address at once the confusion which may arise between two fundamental approaches: the analysis of equality rights using a contextual approach and consideration of whether a rule of law is justified under s. 1 of the *Charter*. With respect, these are very different steps. I shall return to this later.

Devant les prétentions respectives des parties sur cette question, il y a tout de suite lieu de souligner la confusion qui risque de s'opérer entre deux démarches fondamentales: l'analyse des droits à l'égalité selon une approche contextuelle et l'examen des justifications d'une règle de droit en vertu de l'article premier de la *Charte*. Avec égards, il s'agit là d'étapes fort différentes. J'y reviendrai.

112 The parameters that make up the legal context vary from one case to another. They depend *inter alia* on the nature of the legislation and the wording of the impugned provision. Accordingly, if the disputed section itself refers to other legislation or to other areas of law it will be relevant to look at these relationships under s. 15(1) of the *Charter*. In my view, for the legal context to be properly defined the review must consider at least two aspects: (1) analysis of the legislation as a whole, taking into account all of its provisions, and (2) analysis of the legislation in light of measures prescribed by other statutes, when the impugned provision refers directly to them. Such a review in fact derives from the general rule that a statutory provision does not operate in a vacuum. As Professor Pierre-André Côté points out in *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 258:

Les paramètres qui composent le contexte juridique varient d'une affaire à l'autre. Ils dépendent, entre autres, de la nature de la loi et du libellé de la disposition législative attaquée. Ainsi, si l'article de loi contesté renvoie lui-même à d'autres lois ou réfère à d'autres domaines de droit, il sera pertinent d'en examiner les rapports sous le par. 15(1) de la *Charte*. À mon avis, pour circonscrire adéquatement le contexte juridique, il faut que l'examen porte sur au moins deux aspects: (1) l'analyse de la loi dans son entier, compte tenu de l'ensemble de ses dispositions et (2) l'analyse de la loi à la lumière de mesures prescrites par d'autres lois, lorsque la disposition attaquée réfère directement à celles-ci. Un tel examen dérive en fait du principe général qui veut qu'une disposition législative n'opère pas en vase clos. Comme le souligne le professeur Pierre-André Côté dans son ouvrage *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), à la p. 288:

... the law is considered to form a system. Every component contributes to the meaning as a whole, and the whole gives meaning to its parts: "each legal provision should be considered in relation to other provisions, as parts of a whole", wrote François Gény.

... la loi est censée former un système: chaque élément contribue au sens de l'ensemble et l'ensemble, au sein de chacun des éléments: «chaque disposition légale doit être envisagée, relativement aux autres, comme la fraction d'un ensemble complet» (François Gény).

This latter rule is especially important in taxation, where the legislation sets out a complex arrangement of interrelated and complementary provisions.

Cette dernière règle s'impose d'autant plus dans le domaine fiscal, où les lois sont l'expression d'un ensemble complexe de mesures intégrées et complémentaires.

113 It is true that in *Symes, supra*, and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, this Court was careful to state that s. 1 of the *Charter* is the provision under which a court should conduct a review of other government programs or other legislation

Il est vrai que dans les affaires *Symes*, précitée, et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, notre Cour a pris soin de préciser que c'est sous l'article premier de la *Charte* que devait se faire l'examen d'autres programmes gouvernementaux

not being challenged, but the relevance of which could be determined in the overall context of the debate. Those cases should be distinguished, however, from the one at bar.

In *Symes, supra*, the main purpose of the appeal was to determine whether child care expenses were deductible under the ITA as business expenses in calculating profit. In his reasons, at p. 759, Iacobucci J. recognized that s. 63 ITA in itself created a complete code which, unlike the special system set up by the combined effect of ss. 56(1)(b) and 60(b) ITA, contained no reference to other legislation.

A similar observation can be made concerning *Tétreault-Gadoury*. This Court *per* La Forest J. considered the question of whether s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, infringed the equality rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*. Section 31 prohibited the payment of ordinary unemployment insurance benefits to claimants over the age of 65. I note that under that provision a person became ineligible for benefits merely because of his or her age. When the Court had that case before it, s. 31 made no reference to other legislative provisions.

That is not the case here. Sections 56(1)(b) and 60(b) ITA refer directly to family law in requiring that the amount paid for the maintenance of a child be set "pursuant to a decree, order or judgment of a competent tribunal or pursuant to a written agreement". It is by reason of this fundamental requirement that the payments received may be characterized as alimony: without it, the inclusion/deduction system simply does not come into play, as the Federal Court of Appeal pointed out in *Hodson v. The Queen*, [1988] 1 C.T.C. 2. On account of this express reference to other legislation which, like the *Divorce Act* and the *Civil Code of Quebec*, has a direct bearing on one or more aspects of family law, the situation in the case at bar is thus quite

ou encore d'autres lois non visées par la contestation mais dont la pertinence pouvait s'apprécier dans le cadre global du débat. Ces dernières affaires, cependant, se distinguent de la présente.

Dans *Symes*, précité, l'objet principal du pourvoi était de déterminer si, en vertu de la LIR, les frais de garde d'enfants étaient déductibles à titre de dépense d'entreprise dans le calcul du bénéfice. Dans ses motifs, à la p. 759, le juge Iacobucci a reconnu que l'art. 63 LIR créait en soi un code complet qui, contrairement au régime particulier mis en place par le jeu combiné des al. 56(1)(b) et 60(b) LIR, ne comportait aucune référence à d'autres lois.

Une observation de nature similaire peut être dégagée de l'affaire *Tétreault-Gadoury*. Notre Cour, sous la plume du juge La Forest, s'est penchée sur la question de savoir si l'art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, portait atteinte aux droits à l'égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte*. L'article 31 interdisait le versement de prestations ordinaires d'assurance-chômage aux requérants âgés de plus de 65 ans. Je note qu'en vertu de cette disposition, une personne devenait inadmissible aux prestations du seul fait de son âge. Lorsque la Cour a été saisie de ce litige, l'art. 31 ne référerait aucunement à d'autres dispositions législatives.

Tel n'est pas le cas en l'espèce. En effet, les al. 56(1)(b) et 60(b) LIR renvoient directement au droit de la famille en exigeant que la somme versée pour subvenir aux besoins de l'enfant soit fixée «en vertu d'un arrêt, d'une ordonnance ou d'un jugement rendus par un tribunal compétent ou en vertu d'un accord écrit». C'est par le biais de cette exigence fondamentale que les paiements reçus peuvent se voir qualifiés de pension alimentaire; sans elle, le régime d'inclusion/déduction n'entre tout simplement pas en jeu, comme l'a souligné la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Hodson c. The Queen*, [1988] 1 C.T.C. 2. En raison même de ce renvoi explicite à d'autres lois qui, comme la *Loi sur le divorce* et le *Code civil du Québec*, sont directement appelées à régir un ou plusieurs aspects du droit de la famille, la situation qui prévaut en l'espèce est donc fort différente de celles

114

115

116

different from the situations that could be seen to exist in *Symes* and *Tétreault-Gadoury*, *supra*.

que l'on pouvait observer dans les affaires *Symes* et *Tétreault-Gadoury*, précitées.

117 That being the case, and as part of the analysis of the validity of the inclusion/deduction system under s. 15(1) of the *Charter*, I conclude that review of the legal context requires not only consideration of other relevant provisions of the ITA but also of the principles of family law applicable to determining the amount of alimony, to which the actual wording of ss. 56(1)(b) and 60(b) refers directly.

À la lumière de cet état de choses, et dans le cadre d'analyse de la validité du régime d'inclusion/déduction au regard du par. 15(1) de la *Charte*, je conclus que l'examen du contexte juridique requiert non seulement une étude des autres dispositions pertinentes de la LIR, mais également des principes du droit de la famille propres à l'établissement du montant de la pension alimentaire, auxquels le texte même des al. 56(1)(b) et 60(b) renvoie directement.

118 It is worth mentioning at this stage, however, that any determination of the legal context depends on variable factors, including the nature and the wording of the impugned legislative provision. In this connection it will suffice to refer to *Symes* and *Tétreault-Gadoury* to see that reviewing the legal context as a relevant aspect of an analysis under s. 15(1) of the *Charter* will not require each time that the court consider all the government programs or legislation that may have some connection with the disputed provision.

Il est cependant opportun de rappeler, à ce stade, que toute détermination du contexte juridique est tributaire de facteurs variables, parmi lesquels on retrouve, notamment, la nature et le libellé de la disposition législative attaquée. Il suffit, à ce titre, de référer aux affaires *Symes* et *Tétreault-Gadoury* pour constater que l'examen du contexte juridique, en tant qu'élément pertinent d'une analyse du par. 15(1) de la *Charte*, ne requerra pas à chaque fois que l'on se penche sur l'ensemble des programmes gouvernementaux ou des lois qui présentent un certain lien avec la disposition législative contestée.

119 Let me be quite clear about this: this Court has obviously not ceased to hold that infringement of a right guaranteed by the *Charter* can only be justified under s. 1 of the *Charter*. That approach is still valid. This is where the distinction drawn earlier becomes relevant. The purpose of the analysis under s. 15(1) of the *Charter* is solely to determine whether a provision is discriminatory on account of a prejudicial distinction, based on an irrelevant personal characteristic, which it makes in respect of a group. In this regard there must be a contextual analysis which allows for some consideration of the legislation referred to by this provision and the rules of law, if any, to which it refers. If at the conclusion of such an analysis the distinction is found to be discriminatory, it will then be necessary to examine the justification for the objectives pursued by the legislation in a free and democratic society, as required by s. 1 of the *Charter*. That being so, I shall now consider the general princi-

Qu'on ne se méprenne pas sur mes propos: notre Cour n'a cessé d'affirmer que la violation d'un droit garanti par la *Charte* ne pouvait se justifier que sous l'article premier de la *Charte*. Cette approche est toujours valable. Ici intervient, à cet égard, la nuance dont j'ai fait état plus haut. L'analyse qui prend place en vertu du par. 15(1) de la *Charte* cherche uniquement à déterminer si une disposition législative est discriminatoire, en raison de la distinction préjudiciable, fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente, qu'elle engendre à l'égard d'un groupe. Il y a lieu, à cette fin, de procéder à une analyse contextuelle qui permette, dans une certaine mesure, de tenir compte des lois auxquelles cette disposition réfère et des principes de droit auxquels elle renvoie, le cas échéant. Si, aux termes de cette analyse, la distinction est jugée discriminatoire, alors il sera nécessaire d'aller sonder la justification des objectifs poursuivis par la disposition législative dans le

ples set out in the foregoing pages as they apply to the particular facts of this case.

B. *Application to the Present Case*

(1) First Step: The Distinction and the Group

The tax system set out in ss. 56(1)(b) and 60(b) ITA was specifically introduced to alleviate the economic consequences of a breakdown of the family unit. Consequently, it applies only to separated or divorced spouses. That being the case, there is no need to consider further whether the Act creates a distinction.

The group contemplated by the legislation consists of separated or divorced couples in which one parent is paying alimony to the other under a judgment or agreement. That is not the group to which the respondent claims to belong: she claims she is a member of the smaller group of custodial parents having some financial self-sufficiency and consequently receiving maintenance solely for the benefit of their children.

With respect, two comments should be made at this point. First, the group cannot be subdivided by income level: this is not a characteristic attaching to the individual. Accepting such a proposition would also mean that the most disadvantaged subgroup would be the group of custodial parents with the highest incomes. Second, it is not possible to consider custodial parents in isolation as a group which would subsequently be compared with that of non-custodial parents, for purposes of determining prejudice; I repeat that in the final analysis the discussion in this Court has to do with distribution of the obligation to pay taxes within the couple. One must not lose sight of the fact that so far as the children of the family unit are concerned, for whose benefit the mechanisms of the ITA seek to free up additional resources, the separated or divorced parents still form an entity, ordinarily bound by the support obligation. Accordingly, a single facet of taxation, that of the person receiv-

cadre d'une société libre et démocratique, comme le prescrit l'article premier de la *Charte*. Ceci étant, il convient maintenant d'examiner les principes généraux exposés dans les pages précédentes au regard des faits particuliers de la présente.

B. *Application à l'espèce*

(1) Première étape: la distinction et le groupe

Le régime fiscal prévu aux al. 56(1)b) et 60b) LIR a été spécifiquement mis en place pour pallier aux conséquences économiques engendrées par l'éclatement de la cellule familiale. Conséquemment, il ne s'adresse qu'aux conjoints séparés ou divorcés. Point n'est besoin, dans cette perspective, d'élaborer davantage sur l'existence d'une distinction créée par la loi.

Le groupe visé par la législation est composé des couples séparés ou divorcés dont un parent verse une pension alimentaire à l'autre selon un jugement ou une entente. Ce n'est pas le groupe dont se réclame l'intimée; celle-ci dit appartenir au groupe plus restreint des parents gardiens jouissant d'une certaine autonomie financière et recevant dès lors une pension pour le seul bénéfice de leurs enfants.

Avec égards, deux observations s'imposent à ce stade. D'une part, le groupe ne saurait être subdivisé selon le niveau de revenu: il ne s'agit pas, en effet, d'une caractéristique attachée à la personne. Accepter cette proposition signifierait, d'ailleurs, que le sous-groupe le plus désavantagé serait celui des parents gardiens bénéficiant de revenus plus élevés. D'autre part, on ne saurait envisager isolément les parents gardiens comme groupe qui ferait ultérieurement l'objet de comparaisons avec celui des parents non gardiens, aux fins de détermination du préjudice; je rappelle qu'en dernière analyse, le débat dont est saisie notre Cour porte sur la répartition de l'obligation de payer le fisc au sein du couple. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, qu'à l'égard des enfants de la cellule familiale, au profit desquels les mécanismes de la LIR cherchent à libérer des ressources additionnelles, les parents séparés ou divorcés forment toujours une entité, communément liée par l'obligation alimen-

120

121

122

ing the alimony, cannot be isolated and the other aspects disregarded.

123 This Court is also being asked, for the purpose of comparison with the group of which the respondent claims to be a member, to consider the one formed by persons who have custody of children and who as such receive certain amounts needed for the maintenance of the latter though they are not covered by the provisions of s. 56(1)(b) ITA. For example, the respondent mentioned the situation of a parent whose child is receiving business income or income from an estate or trust, of a parent receiving support payments from one of the children's grandparents and of a grandparent receiving support payments from one of the children's parents. The respondent correctly pointed out that none of the members of that group are required to include the support payments received in computing their income.

124 I note, however, that when she places these persons in the same group for comparison purposes the respondent is applying two different taxation systems. In the first example cited by the respondent it is the child himself who is treated like any individual taxpayer and must pay tax on his income, if any. In my opinion, for this very reason this subgroup cannot be validly used as a basis for comparison: the different tax treatment of the children's own income results from the fact that they do not fall either under the system applicable to the income of non-separated couples or under that of separated couples. They are subject to the general system which applies to everyone, including children, regardless of their parents' situation. The situations in which a child has to pay tax reflect a completely different context characterized *inter alia* by the payer being under no obligation to support the child. In that case I certainly cannot include that category in the group which the respondent seeks to create.

125 The other examples given by the respondent involve parents to whom the provisions of ss.

taire. On ne peut, en conséquence, isoler une facette de l'imposition, celle du créancier de la pension alimentaire, sans tenir compte des autres incidences.

Invitation est également faite à notre Cour, aux fins de comparaison avec le groupe dont l'intimée se réclame, de considérer celui que forment les personnes qui gardent des enfants et qui reçoivent, à ce titre, quelque somme nécessaire à l'entretien de ces derniers, tout en n'étant pas visées par les dispositions de l'al. 56(1)b) LIR. À titre d'exemple, l'intimée relève la situation du parent dont l'enfant reçoit des revenus d'entreprise ou encore en provenance d'une succession ou d'une fiducie, celle du parent qui reçoit une pension alimentaire d'un grand-parent des enfants et celle du grand-parent qui reçoit une pension de l'un des parents des enfants. L'intimée souligne à juste titre qu'aucun des membres de ce groupe n'a l'obligation d'inclure les sommes reçues à titre de pension alimentaire dans le calcul de son revenu.

Je remarque, néanmoins, qu'en regroupant ces personnes à l'intérieur d'un même groupe aux fins de comparaison, l'intimée se trouve à faire appel à deux régimes d'imposition différents. En effet, dans le cadre du premier exemple cité par l'intimée, c'est l'enfant lui-même qui se voit traité comme tout contribuable individuel et qui doit payer un impôt sur ses revenus, le cas échéant. À mon avis, pour cette raison précise, ce même sous-groupe ne saurait valablement servir de base de comparaison: le traitement fiscal différent de revenus propres aux enfants vient en effet de ce qu'ils ne tombent ni sous le coup du régime de revenu des couples non séparés, ni sous celui des couples séparés. Ils sont assujettis au régime général applicable à tous, y compris les enfants sans égard à la situation de leurs parents. Les situations dans lesquelles un enfant se voit imposé sont le reflet d'un contexte tout autre, caractérisé, notamment, par l'inexistence d'une obligation alimentaire du payeur envers l'enfant. Je ne saurais donc, dans cette perspective, inclure cette catégorie dans le groupe que l'intimée cherche à constituer.

Quant aux autres exemples invoqués par l'intimée, il s'agit de parents auxquels ne s'adressent

56(1)(b) and 60(b) ITA do not apply but who nonetheless have a support obligation. As they do not fall within the specific ambit of these provisions of the ITA, they are subject to the general taxation system: the payer and the recipient are treated as ordinary taxpayers and amounts which the former pays the latter as support are not classified as income, unless they meet the conditions laid down in ss. 56(1)(b) and 60(b) ITA. The situation of those individuals corresponds to that the respondent's group would be in but for this special system. In order to decide whether there is prejudice, the situation of the respondent's group must be examined depending on whether or not it is subject to the special system.

(2) Second Step: Prejudice

Now that the distinction has been established, it is necessary to determine whether ss. 56(1)(b) and 60(b) ITA, in the context contemplated by them, have a prejudicial effect on separated or divorced parents as members of that group.

The respondent and the intervener SCOPE relied on the evidence in the record as showing that 98 percent of alimony recipients are women. In support of their arguments they also pointed to the recognition by this Court, in *Symes, supra*, of the disproportionate share women bear of the burden of child care and the social costs related to it. They also drew the Court's attention to *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, in which this Court noted that family breakup had a significant impact on the standard of living of custodial parents.

These are undoubtedly facts which may suggest a need for reform. I would note, however, that the Court's function here is first to see whether ss. 56(1)(b) and 60(b) ITA produce a prejudicial effect on the group of separated or divorced couples as identified earlier, and in particular on a custodial parent to whom maintenance is paid for the needs of his or her children.

pas les dispositions des al. 56(1)(b) et 60(b) LIR mais qui ont néanmoins une obligation alimentaire. N'entrant pas dans le cadre précis de ces dispositions de la LIR, ils sont alors assujettis au régime général d'imposition: le payeur et le bénéficiaire sont traités comme des contribuables ordinaires et les sommes que le premier verse au second à titre d'aliments ne sont pas qualifiées de revenu, faute de répondre aux conditions prévues par les al. 56(1)(b) et 60(b) LIR. La situation de ces personnes se confond avec celle que connaîtrait le groupe de l'intimée en l'absence de ce régime particulier. Aux fins de décider s'il y a préjudice, il convient justement d'examiner la situation du groupe de l'intimée selon qu'il est assujetti ou non au régime particulier.

(2) Deuxième étape: le préjudice

La distinction étant établie, il y a lieu de déterminer si les al. 56(1)(b) et 60(b) LIR, dans le contexte qu'ils prévoient, engendrent un effet préjudiciable à l'égard des parents séparés ou divorcés en tant que membres de ce groupe.

L'intimée et l'intervenant SCOPE s'appuient sur la preuve versée au dossier pour faire valoir que 98 pour 100 des prestataires de pensions alimentaires sont des femmes. Au soutien de leurs prétentions, ils invoquent aussi la reconnaissance exprimée par notre Cour, dans l'affaire *Symes*, précitée, de la part disproportionnée qu'assument les femmes dans le fardeau de la garde des enfants et des coûts sociaux reliés à celle-ci. Ils portent également à notre attention l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, où notre Cour a souligné que l'éclatement de la famille avait un impact considérable sur le niveau de vie des parents gardiens.

Ce sont là, certes, des faits qui suscitent l'intérêt à une possibilité de réforme. Je rappelle, néanmoins, qu'il s'agit ici en premier lieu de voir si les al. 56(1)(b) et 60(b) LIR engendrent un effet préjudiciable à l'égard du groupe des couples séparés ou divorcés tel qu'identifié plus haut, et plus particulièrement à l'égard du parent gardien à qui est versée une pension alimentaire pour les besoins des enfants.

126

127

128

129 The respondent and some of the interveners maintained that women in Ms. Thibaudeau's situation suffer prejudice which they described in three ways. First, parents who have the custody of children are subject to an obligation not imposed on non-custodial parents, that of including the amount of the alimony in computing their income. This obligation results from the actual wording of s. 56(1)(b) ITA. Then, as a result of this, custodial parents who enjoy a certain amount of financial self-sufficiency are subject to an additional tax burden, that of paying an additional amount in tax. Finally, on account of the very mechanism of the system, custodial parents are denied access to the additional financial resources which the legislature claims to intend for all parents, for the benefit of their children, and not just for non-custodial parents. It should be noted, as Hugessen J.A. indicated, that the alleged prejudice is of the same kind for all parents in such a situation regardless of sex, although for the most part it is women who are in this situation.

130 A comparison was made between the respondent's situation, separately, and that of non-separated couples in which each parent is taxed individually on the portion of his or her income intended for a child's needs.

131 In this connection I would first note that a valid examination of the situation requires consideration of how the system treats both parents, and not only the recipient of the maintenance. As I mentioned earlier, it is the question of distribution which is critical to the discussion, and for it to be meaningful it must be considered from the standpoint of the members of the couple. One cannot thus object to taxation in the hands of the recipient of the maintenance without at the same time taking the tax treatment given to the payer into account. To do otherwise would amount to claiming a tax exemption which other parents would not receive. The rule is that the income of parents used for the maintenance of their children shall be taxed in the hands of the parents. This is so for those living together and those who are in single-parent situations. The

L'intimée et certains des intervenants soutiennent que les femmes dans la condition de M^{me} Thibaudeau subissent un préjudice qu'ils décrivent de trois façons. D'abord, les parents qui ont la garde des enfants se voient imposer une obligation à laquelle les parents non gardiens ne sont pas soumis, qui est celle d'inclure le montant de la pension alimentaire dans le calcul de leur revenu. Cette obligation résulte des termes mêmes de l'al. 56(1)(b) LIR. Ensuite, et en conséquence, les parents gardiens jouissant d'une certaine autonomie financière se voient imposer un fardeau fiscal supplémentaire, qui est de payer un montant additionnel en impôt. Enfin, en raison même du mécanisme propre au régime, les parents gardiens se voient nier l'accès aux ressources financières additionnelles que le législateur dit destiner à tous les parents, pour le bénéfice de leurs enfants, et non pas qu'aux parents non gardiens. À noter, comme l'a indiqué le juge Hugessen, que le préjudice invoqué est de même nature pour tous les parents dans une telle situation et ce, sans égard au sexe, même si le plus souvent, ce sont les femmes qui sont placées dans cette situation.

Comparaison est faite entre la situation de l'intimée, isolément, et celle des couples non séparés où chaque parent est imposé de façon individuelle sur la partie de son revenu destinée aux besoins de son enfant.

Je note immédiatement, à cet égard, qu'un examen valable de la situation requiert que l'on se penche sur ce que le régime réserve aux deux parents et non au seul bénéficiaire de la pension. Comme je l'ai souligné plus haut, en effet, c'est la question de la répartition qui se veut déterminante dans ce débat, et celle-ci doit, pour prendre son véritable sens, être envisagée dans la perspective des membres du couple. On ne saurait, en conséquence, se plaindre de l'imposition entre les mains du créancier alimentaire sans en même temps tenir compte du traitement fiscal réservé au payeur. Faire autrement serait réclamer une exemption d'impôt dont ne bénéficieraient pas les autres parents. Or, la règle veut que les revenus des parents servant aux besoins des enfants soient imposés entre les mains des parents. Il en est ainsi

special system applicable to separated or divorced parents maintains this rule. Where it departs from the general rule is in taxing income intended for the maintenance of children in the hands of the ultimate recipient of the income who disposes of it, rather than in the hands of the parent who earned or received it. There is nothing inequitable in that as such.

As I noted earlier, in order to decide whether the system is prejudicial it must be placed in context by comparing the treatment of parents covered by the special inclusion/deduction system with that which they would receive in the absence of such a system, namely that of parents to whom ss. 56(1)(b) and 60(b) ITA do not apply but who nevertheless have a support obligation.

It will be seen from those sections, first, that tax is imposed on the person who can dispose of the income. As I noted above, this measure is not prejudicial in itself. Second, a comparison with non-separated couples indicates that the parents to whom the special inclusion/deduction system applies enjoy an overall lessening of their tax burden. The appellant pointed out that the income splitting allowed by the system gave the parents it covers a tax saving of some \$240 million in 1988 alone.

In view of the substantial savings generated by the inclusion/deduction system, it is clear that the group of separated or divorced parents cannot as a whole claim to suffer prejudice associated with the very existence of the system in question. On the contrary, it was shown that on the whole members of the group derive a benefit from it: as most of the recipient parents are subject to a marginal tax rate lower than that of the parents paying the maintenance, it can be said that the purposes for which the system was created have been to a large extent achieved.

pour ceux qui font vie commune et ceux en situation monoparentale. Le régime particulier aux parents séparés ou divorcés maintient ce principe. Là où il se départit de la règle générale, c'est en imposant le revenu destiné aux besoins des enfants entre les mains du bénéficiaire ultime du revenu qui en a la disposition, plutôt qu'entre les mains du parent qui l'a gagné ou perçu. Il n'y a là rien qui soit inéquitable en soi.

Comme je l'ai souligné plus haut, pour décider du caractère préjudiciable du régime, il faut en effet le situer en contexte en comparant le traitement réservé aux parents visés par le régime particulier de l'inclusion/déduction à celui qui serait le leur en l'absence d'un tel régime, soit celui de parents auxquels ne s'adressent pas les dispositions des al. 56(1)(b) et 60(b) LIR mais qui ont néanmoins une obligation alimentaire.

Selon ces articles, on constate, d'une part, une imposition sur la tête de la personne qui peut disposer du revenu. Comme je l'ai souligné dans les paragraphes précédents, cette mesure n'est pas préjudiciable en elle-même. D'autre part, la comparaison avec les couples non séparés laisse voir que les parents visés par le régime particulier d'inclusion/déduction bénéficient d'un allègement global de leur fardeau fiscal. L'appelante fait valoir, en effet, que le fractionnement du revenu permis par le régime a procuré aux parents visés par ce dernier une économie d'impôt de l'ordre de 240 millions de dollars pour la seule année 1988.

Devant les économies substantielles générées par le régime d'inclusion/déduction, force nous est de constater que le groupe des parents séparés ou divorcés ne peut pas, dans son ensemble, prétendre subir un préjudice lié à l'existence même du régime en cause. Il est établi, au contraire, que de façon globale, les membres du groupe en retirent un avantage: la majorité des parents prestataires étant assujettie à un taux marginal d'imposition inférieur à celui des parents qui versent la pension alimentaire, on peut considérer les fins pour lesquelles le régime a été mis sur pied comme étant raisonnablement atteintes.

132

133

134

135 Additionally, even accepting the respondent's suggestion that a comparison should be made between those who receive and those who pay the maintenance; the foregoing conclusion remains unchanged. In fact, if the recipients of maintenance are taken as a group separate from the payers, on the assumption that as a group the former are likely to be the subject of discrimination, there is no doubt that the Act creates a distinction by making the maintenance taxable in the hands of the recipient alone. However, in the context at issue here, which must always be borne in mind, it was not shown that such a distinction entails a disadvantage: the tax burden of the couple is reduced and this has the result of increasing the available resources that can be used for the benefit of the children, in satisfaction of their parents' obligation to support them.

136 Apart from the efforts to frame for comparison purposes a definition which is as close as possible to what the group's situation would be if there were no special system in its favour, the question of the distribution of the resources available for the benefit of the children is another aspect which is of crucial importance in assessing the prejudice alleged by the respondent: indeed, it is at the very heart of the debate. Accordingly, before proceeding to develop the points of comparison with non-separated couples, I feel it is proper to examine this question in greater detail at this stage.

137 Distribution of available resources is governed by the rules of family law, that is according to the child's best interests within the meaning of art. 30 of the *Civil Code of Lower Canada* (now art. 33 of the new *Civil Code of Quebec*) and taking into account the needs and means of the parties as provided by s. 15(5) of the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), and art. 635 of the old *Civil Code of Quebec* (now art. 587, S.Q. 1991, c. 64) respectively. Additionally, in providing that a maintenance order made for a child's benefit should recognize that the spouses have a joint financial obligation to maintain the child, s. 15(8)(a) of the *Divorce Act* also places the child's interests in the forefront of the factors to be considered. As the

Même en acceptant, par ailleurs, la suggestion de l'intimée selon laquelle la comparaison devrait être faite entre les créanciers et les débiteurs alimentaires, le constat dressé ci-haut demeure inchangé. De fait, si l'on prend les créanciers de pension alimentaire comme groupe distinct des débiteurs, dans l'hypothèse où les premiers seraient susceptibles, en tant que groupe, d'être l'objet de discrimination, il ne fait pas de doute que la loi crée une distinction en rendant la pension alimentaire imposable entre les mains du seul créancier. Toutefois, dans le contexte qui est nôtre et qu'il ne faut surtout pas perdre de vue, il n'est pas établi que cette distinction comporte un désavantage: en effet, le fardeau fiscal du couple est réduit, ce qui a pour résultat d'augmenter les montants disponibles qui pourront être utilisés au profit des enfants, en satisfaction de l'obligation alimentaire de leurs parents envers eux.

Outre la recherche, aux moyens de la comparaison, d'une définition qui soit la plus conforme à ce que serait la situation du groupe en l'absence d'un régime particulier en sa faveur, la question de la répartition des sommes disponibles au profit des enfants est un autre aspect dont l'étude est primordiale dans le cadre de l'évaluation du préjudice invoqué par l'intimée: elle est en fait au cœur même du litige. Aussi, avant de poursuivre le développement des éléments de comparaison avec les couples non séparés, j'estime approprié, à ce stade, d'examiner cette question plus en détail.

La répartition des montants disponibles se voit régie par les principes de droit familial, c'est-à-dire selon le meilleur intérêt de l'enfant, au sens de l'art. 30 du *Code civil du Bas-Canada* (maintenant l'art. 33 du nouveau *Code civil du Québec*) et en tenant compte des besoins et des facultés des parties, comme le prévoit respectivement le par. 15(5) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), et l'art. 635 de l'ancien *Code civil du Québec* (maintenant l'art. 587, L.Q. 1991, ch. 64). En prescrivant par ailleurs qu'une ordonnance alimentaire rendue au profit de l'enfant devrait refléter l'obligation financière commune des époux de subvenir aux besoins de celui-ci, l'al. 15(8)a) de la *Loi sur le divorce* place également l'intérêt de l'en-

fiscal impact resulting from the obligation of inclusion is one of the factors to be taken into account in computing the alimony, the very way in which it is distributed between the parents for the ultimate benefit of the child must still be subject to the fundamental criterion of the latter's best interests in all decisions concerning it. Since it is governed by this criterion its distribution is therefore not open to challenge under the *Charter*, expressing as it does a fundamental value of our society which is incorporated into ss. 56(1)(b) and 60(b) ITA by reference. My colleague L'Heureux-Dubé J. referred to this latter principle in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, where the child's interests were specifically considered in relation to custody and access rights. Her remarks are nevertheless of general application and particularly enlightening in the present context. She said the following, at p. 71:

... as an objective, the legislative focus on the best interests of the child is completely consonant with the articulated values and underlying concerns of the *Charter*, as it aims to protect a vulnerable segment of society by ensuring that the interests and needs of the child take precedence over any competing considerations in custody and access decisions.

In the case at bar, in the decree nisi of divorce which he rendered in respect of the respondent and her former husband, Boudreault J. of the Superior Court found the amount of the alimony as determined to be fair and equitable in all the circumstances, including the tax impact. I set out below the relevant passage:

[TRANSLATION] When we consider the tax impact on the payer and on the receiver of alimony payments like those under consideration here (i.e. a real cost of about 50 percent for the payer and an additional real receipt by the recipient in a similar proportion only), it appears to be fair and equitable to continue the alimony payable for the children alone at \$1,150.00 per month for the moment; in view of the tax consequences, that amount will compel the applicant to contribute to the financial support of the children, in addition to her on-going personal care of them, in a proportion which is probably higher than a simple ratio of the parties' income would impose on her.

fant aux premiers rangs des facteurs à considérer. L'impact fiscal généré par l'obligation d'inclusion étant l'un des éléments dont il faut tenir compte dans le calcul de la pension alimentaire, la façon même dont il se voit réparti entre les parents, au profit ultime de l'enfant, n'échappe donc pas au critère fondamental qu'est le meilleur intérêt de ce dernier dans toutes les décisions qui le concernent. Étant soumis à ce critère, sa répartition est donc inattaquable selon la *Charte*, exprimant une valeur fondamentale de notre société qui est intégrée aux al. 56(1)b) et 60b) LIR par renvoi. Ma collègue le juge L'Heureux-Dubé a en effet rappelé ce dernier principe dans l'affaire *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, où l'intérêt de l'enfant était spécifiquement étudié au regard des droits de garde et d'accès. Ses propos sont néanmoins d'application générale et se veulent particulièrement éclairants dans le cadre de la présente. Elle s'exprime ainsi à la p. 71:

... en tant qu'objectif, l'accent mis dans la loi sur le meilleur intérêt de l'enfant correspond tout à fait aux valeurs explicites et aux préoccupations implicites de la *Charte*, puisqu'il vise à protéger un segment vulnérable de la société, en veillant à ce que l'intérêt et les besoins de l'enfant l'emportent, en matière de garde et d'accès, sur toute autre considération concurrente.

En l'espèce, dans le jugement conditionnel de divorce qu'il a rendu à l'égard de l'intimée et de son ex-époux, le juge Boudreault de la Cour supérieure a jugé le montant de la pension alimentaire tel qu'établi comme étant juste et équitable au regard de toutes les circonstances, parmi lesquelles l'incidence fiscale n'a pas été omise. Je reproduis ci-dessous l'extrait pertinent:

Lorsque l'on considère l'effet fiscal sur le payeur et sur le receveur de versements alimentaires comme ceux ici considérés (i.e. un coût réel d'environ 50% pour le payeur et un encaissement réel additionnel par la bénéficiaire dans une proportion similaire seulement), il apparaît juste et équitable de maintenir pour le moment la pension payable pour les enfants seuls à la somme de \$1,150.00 par mois; cette somme, vu les incidences fiscales, force la requérante à contribuer, en plus de ses soins personnels constants, à l'entretien financier des enfants dans une proportion probablement plus élevée que le simple rapport des revenus des parties lui imposerait.

(*Thibaudeau v. Chainé*, Sup. Ct. Mtl., No. 500-12-151837-865, December 1, 1987, at p. 15.)

(*Thibaudeau c. Chainé*, C.S. Mtl., n° 500-12-151837-865, 1^{er} décembre 1987, à la p. 15.)

139 The judge thus took the tax burden into account, as he should have done, in determining the alimony to be paid by the non-custodial parent as an expense item. It is one of several items which, with the needs of the children and the means and other needs of each of the parties, serve to determine the contribution by each parent to the support of the children. This overall breakdown includes that of the tax burden. It is thus artificial to treat the latter in isolation and it is mistaken to think that the proper contribution by each parent to the support of the children has been determined without it being taken into account, and that accordingly the burden has been made the sole responsibility of the recipient of the alimony. Were that the case it could be overturned on appeal. The law requires that this burden be assumed and shared, as an integral part of the other expenses, in accordance with the means and needs of the parties and their children through the setting of alimony.

Le juge a donc tenu compte, comme il devait le faire, du fardeau fiscal dans l'établissement de la pension alimentaire à verser par le parent non gardien comme élément de dépense. Il en est un parmi d'autres qui, avec les besoins des enfants et les moyens et autres besoins de chacune des parties, servent à établir la contribution de chaque parent aux besoins des enfants. Cette répartition globale comprend celle du fardeau fiscal. Il est donc artificiel de traiter celui-ci isolément, et erroné de penser que la juste contribution de chaque parent aux besoins des enfants a été établie sans en tenir compte et que, ceci fait, le fardeau a été laissé à la seule charge du créancier de la pension. Serait-ce le cas qu'il y aurait lieu à réforme en appel. La loi exige que ce fardeau comme partie intégrante des autres dépenses soit assumé et partagé selon les moyens et besoins des parties et de leurs enfants par le biais de la fixation de la pension alimentaire.

140 The fact that the tax saving resulting from the inclusion/deduction system does not benefit both parents in equal proportion therefore does not infringe the equality rights protected by the *Charter*. Additionally, I would note that there is no evidence in this connection to show that the recipient parent or the children would benefit by taxation in the hands of the payer of the alimony, as the ordinary rules of taxation under the general system would postulate. In fact, in that case it appears that the latter's ability to pay would be reduced in total (he would be unable to deduct the amounts paid in computing his income) and over time (he would be unable to benefit from the special arrangements allowing the payer of support to reduce the amount of his source deductions).

Que l'économie d'impôt engendrée par le régime d'inclusion/déduction ne bénéficie pas aux deux parents dans une proportion égale n'enfreint donc pas les droits à l'égalité protégés par la *Charte*. Par ailleurs, je souligne qu'aucune preuve n'établit, à ce titre, que le parent créancier ou les enfants seraient avantagés par l'imposition entre les mains du débiteur alimentaire, comme le postuleraient les principes réguliers d'imposition en vertu du régime général. En fait, dans cette hypothèse, il appert que la capacité de payer de ce dernier serait réduite au total (impossibilité de déduire les sommes versées dans le calcul de son revenu) et dans le temps (impossibilité de bénéficier des aménagements particuliers qui permettent au payeur d'une pension alimentaire de réduire le montant de ses retenues à la source).

141 In short, the fact that the support may not be increased by an amount equal to the payer's tax relief or the recipient's tax increase does not as such place the latter at a disadvantage since in principle the distribution takes place in accordance with family law, which is incorporated into the tax system by reference and the aims of which are pro-

En somme, le fait que la pension alimentaire puisse ne pas être augmentée d'un montant égal au dégrèvement d'impôt du débiteur ou à l'augmentation d'impôt du créancier ne saurait établir, en lui-même, un désavantage à l'endroit de ce dernier puisqu'en principe, la répartition relève de l'application du droit de la famille, qui est intégré au

moted by contributing to an alleviation of the tax burden. Additionally, such results, if any, depend primarily on the individual case. They do not establish a disadvantage for the group.

Reference has been made to the fact that family law does not achieve an equal distribution and leaves the custodial parent, usually the mother, relatively deprived, or at least leaves her saddled with a larger and disproportionate share of the burden. It is said that the deduction/inclusion system exacerbates the problem. It is thus incorrect, even accepting the argument as stated, to say that this system is the source of the problem even though, on that view of the matter, it may make the situation worse. The system thus cannot be blamed for the problem of the limited resources of custodial parents, which the system aims to relieve and does in fact relieve in general by reducing the amount collected in tax and leaving a larger part of the parents' income at their disposal to meet their requirements for maintaining their children. This is a benefit not enjoyed by other parents. Accordingly, the complaint is not in effect aimed at this benefit but rather bears upon the failure of certain non-custodial parents to fulfil their obligations to their children adequately, in view of the tax relief which they receive. This situation it is said should bar the government from allowing the non-custodial parent who supports the family a larger amount of disposable income in order to fulfil his obligations to his children, as defined by the law itself and the amount of which is set by a formal agreement or fixed by a decree. All parents would thus be deprived of this greater latitude and freedom to discharge their responsibilities.

The impugned system provides an overall benefit to couples supporting children. The defects, not in the legislation, which provides for a sharing according to the children's best interests, but in its application in certain cases for reasons quite unrelated to the system, may lead one to conclude that the remedy chosen by Parliament is inadequate to solve fully a profound and complex social problem, but not that it causes prejudice to those it ben-

régime fiscal par renvoi et dont elle favorise les objectifs en contribuant à un allègement du fardeau fiscal. D'ailleurs de tels résultats, le cas échéant, relèvent en premier lieu du cas particulier. Ils n'établissent pas le désavantage du groupe.

On invoque l'inefficacité du droit familial à établir dans les faits une répartition égale et de laisser dans un dénuement relatif le parent gardien, généralement la mère, ou du moins laisse-t-on à sa charge une part plus grande et disproportionnée du fardeau. Le régime d'inclusion/déduction viendrait aggraver le problème. Il est donc inexact, selon l'hypothèse même posée, que ce régime soit la source du problème même si selon cette vue des choses il serait cause d'aggravation. On ne peut, par conséquent, lui imputer le problème de la pénurie de ressources des parents gardiens que le régime vise à pallier et pallie en fait globalement en réduisant le prélèvement du fisc et en laissant à la disposition des parents une plus grande part de leurs revenus pour satisfaire à leurs obligations alimentaires envers leurs enfants. C'est là un avantage dont ne jouissent pas les autres parents. Aussi est-ce non pas de cet avantage dont on se plaint en somme, mais plutôt du défaut de certains parents non gardiens de remplir adéquatement leurs obligations à l'endroit de leurs enfants, eu égard à l'allègement fiscal dont ils bénéficient. Cette situation empêcherait l'État de laisser au parent non gardien et soutien de famille la disposition d'une plus grande part de ses revenus pour remplir ses obligations envers ses enfants, obligations qui sont définies par la loi même et dont le montant est convenu par entente formelle ou fixé par jugement. On priverait ainsi tous les parents de cette plus grande possibilité et donc liberté de faire face à leurs responsabilités.

Le régime attaqué procure globalement un avantage aux couples soutiens d'enfants. Les imperfections non dans la loi qui en détermine la répartition selon le meilleur intérêt des enfants, mais dans son application dans certains cas, et ceci pour des raisons tout à fait étrangères au régime, peuvent porter à conclure à l'insuffisance du remède choisi par le législateur pour répondre pleinement à un problème social profond et complexe mais non qu'il

efits. There is absolutely nothing to show that parents, even custodial parents, would be in a better position as a group if the system did not exist. In the first place, legislation must be assessed in terms of the majority of cases to which it applies. The fact that it may create a disadvantage in certain exceptional cases while benefiting a legitimate group as a whole does not justify the conclusion that it is prejudicial. Secondly, the fact that the benefits sought are not fully achieved on account of problems not with the legislation but arising out of the circumstances or the nature of the subject matter, in particular in the area of the family, does not turn those benefits into disadvantages. Any inequalities are peculiar to specific cases, though there may be many of them; they relate to economic interests and are most likely to affect parents who are better off, at income levels where the dignity of the person is not at stake.

cause préjudice à ceux qu'il avantage. Il n'est nullement démontré que des parents fussent-ils gardiens seraient en meilleure position comme groupe en l'absence d'un tel régime. D'une part, une loi doit être évaluée selon la généralité des cas auxquels elle s'adresse. Le désavantage qu'elle peut engendrer dans des cas d'exception alors qu'elle bénéficie à l'ensemble d'un groupe légitime ne justifie pas de conclure qu'elle cause préjudice. D'autre part, le défaut de réaliser à leur pleine mesure les avantages recherchés en raison de difficultés non dans la loi mais dans les situations ou la matière dont elle traite notamment dans le domaine familial n'en fait pas des désavantages. Les inégalités dans les résultats ici relèvent des cas particuliers, même s'ils peuvent être nombreux, sont du domaine économique et pour la plupart susceptibles de se produire entre les parents mieux nantis, à un niveau de revenus tel que la dignité de la personne n'est pas en cause.

144 This aspect of the matter having been considered, the final conclusion resulting from comparison of the group of separated or divorced parents requires a brief review of the provisions of the ITA dealing with tax credits. I rely in this regard on the comments of Judge Garon of the Tax Court of Canada, who at the end of his analysis found that each of the credits which the respondent could claim was independent of the inclusion/deduction system and was not subject to receipt of alimony.

Cet aspect de la question ayant été étudié, la dernière constatation à laquelle m'amène la comparaison du groupe des parents séparés ou divorcés fait appel à un bref examen des dispositions de la LIR traitant des crédits d'impôt. Je m'appuie à cet égard sur les propos du juge Garon, de la Cour canadienne de l'impôt, qui aux termes de son analyse, a conclu que chacun des crédits que pouvait réclamer l'intimée était indépendant du régime d'inclusion/déduction et n'était pas assujéti à la réception d'une pension alimentaire.

145 In their very wording the three main credits which the respondent may claim (I refer to the equivalent to married credit provided for in s. 118(1)(b) ITA, the tax credit for dependants in s. 118(1)(d) and the child tax credit provided by s. 122.2) are not in fact in any way exclusively associated with custody of a child pursuant to an order, judgment or written agreement. In fact, in enacting these provisions it would appear that the legislature instead intended to alleviate the tax burden of a wide range of persons whose only common denominator is having dependants. This arrangement is not *de facto* contrary to the custodial parent in a separation situation generally being the one able to claim such credits. The respondent's

Dans leur formulation même, les trois principaux crédits auxquels l'intimée peut prétendre (j'ai nommé le crédit pour l'équivalent de personne mariée prévu par l'al. 118(1)b) LIR, le crédit d'impôt pour personnes à charge de l'al. 118(1)d) et le crédit d'impôt pour enfants, accordé par l'art. 122.2) ne sont en effet d'aucune manière exclusivement rattachés à la garde d'un enfant aux termes d'une ordonnance, d'un jugement ou d'un accord écrit. En fait, en adoptant ces dispositions, il semble plutôt que le législateur ait eu comme objectif d'alléger le fardeau fiscal d'une vaste catégorie de personnes dont le dénominateur commun est uniquement celui d'avoir des dépendants. Cet état de choses ne s'oppose pas, *de facto*, à ce qu'en

particular case is an example of this. Nevertheless, I repeat that for purposes of determining prejudice the only comparison which is valid in this case is that between the system applicable to separated or divorced parents and the situation they would be in without such special provisions, namely the general taxation system. It is not relevant to try to assess the extent of the prejudice alleged by the respondent by seeing whether within the ITA the result of other legislative provisions is to minimize the effects of the provision in question, when they are not related to it.

In view of the conclusion I have arrived at in the course of the earlier steps in the comparison, that no prejudice exists, I do not consider it necessary in this case to decide categorically the question of whether the tax credits, on account of their regular application to custodial parents, should be regarded as characteristics of the system applicable to separated or divorced parents. Even if that were the case, however, I would point out that my conclusion as to the absence of any prejudicial effect would not be altered thereby. On that assumption, the custodial parent would be able to benefit from measures which the non-custodial parent could no longer claim for himself or herself, although they were available under the general taxation system. This is the case in particular with s. 118(5) ITA, which prevents the payer of deductible maintenance from claiming the equivalent to married for in s. 118(1)(d), which is not available to someone who is entitled to a deduction provided for in s. 60(b) ITA. The child tax credit in s. 122.2 ITA is given to an individual entitled to receive a family allowance for his or her child under the *Family Allowances Act*, R.S.C., 1985, c. F-1 (repealed S.C. 1992, c. 48, s. 31). At the relevant times s. 7(1) of that Act stated that the allowance was to be paid to the female parent, unless otherwise provided. In view of the evidence in the record indicating that the vast majority of custodial parents are women, it cannot be said that the non-custodial parent, usually the father, will be deprived here of

situation de séparation, ce soit le parent gardien qui puisse alors généralement réclamer de tels crédits. Le cas particulier de l'intimée en constitue l'exemple. Je répète néanmoins qu'aux fins d'évaluation du préjudice, la seule comparaison qui soit valable en l'espèce est celle qui prend place entre le régime propre aux parents séparés ou divorcés et la situation qui serait la leur en l'absence de ces aménagements particuliers, soit le régime général d'imposition. Il n'est pas pertinent de chercher à évaluer la teneur du préjudice invoqué par l'intimée en regardant si, au sein même de la LIR, d'autres dispositions législatives ont pour résultat d'atténuer les effets de la disposition en cause, lorsqu'elles n'y sont pas rattachées.

Compte tenu de la conclusion d'absence de préjudice à laquelle j'en arrive dans le cadre des étapes antérieures de la comparaison, je n'estime pas nécessaire, en l'espèce, de trancher de façon catégorique la question de savoir si les crédits d'impôt, du fait de leur application quasi constante aux parents gardiens, doivent être considérés comme propres au régime des parents séparés ou divorcés. Même si cela était, cependant, je souligne que mes conclusions sur l'inexistence d'effet préjudiciable ne s'en trouveraient pas modifiées. En effet, suivant cette hypothèse, le parent gardien se trouve à bénéficier de mesures que le parent non gardien ne peut plus réclamer en sa faveur, alors qu'elles lui étaient accessibles en vertu du régime général d'imposition. Il en est ainsi, notamment, du par. 118(5) LIR qui empêche le payeur d'une pension alimentaire déductible de réclamer le crédit pour l'équivalent de personne mariée, de même que du crédit pour personnes à charge, prévu à l'al. 118(1)d), non disponible pour celui qui a droit à une déduction prévue à l'al. 60b) LIR. Quant au crédit d'impôt pour enfants de l'art. 122.2 LIR, il est accordé au particulier qui a droit de recevoir une allocation familiale pour son enfant en application de la *Loi sur les allocations familiales*, L.R.C. (1985), ch. F-1 (abrogée S.C. 1992, ch. 48, art. 31). Aux dates pertinentes au litige, le par. 7(1) de cette loi prévoyait qu'il s'agissait du parent de sexe féminin, sauf exception. Étant donné la preuve au dossier selon laquelle la vaste majorité des parents gardiens sont des femmes, on ne peut

a benefit which he had under the general system. Nevertheless, it appears that in a separation situation this tax credit is no longer calculated on the basis of the combined income of the spouses, but merely in accordance with the income of the custodial parent, including the maintenance paid. Far from suffering prejudice, the custodial parent is thus favoured by this provision.

soutenir que le parent non gardien, habituellement le père, se voit ici privé d'un avantage qu'il détenait en vertu du régime général. Néanmoins, il appert qu'en situation de séparation, ce crédit d'impôt ne se calcule plus en fonction du revenu combiné des époux mais selon le seul revenu du parent gardien, incluant les montants de pension alimentaire versés. Loin de subir un préjudice, le parent gardien se voit alors favorisé par cette mesure.

147 In the circumstances, I would be no more persuaded on this basis of the existence of a burden imposed on the respondent. Accordingly, there is no need to go on to the third step in the analysis and consider the relevance of the personal characteristic on the basis of which the distinction was created.

Devant cet état de choses, je ne saurais davantage être convaincu, sur cette base, de l'existence d'un fardeau imposé à l'intimée. Ceci étant, il n'y a pas lieu de passer à la troisième étape de l'analyse et de s'interroger sur la pertinence de la caractéristique personnelle en vertu de laquelle la distinction est créée.

VI — Conclusion

VI — Conclusion

148 In the course of this discussion it has certainly been suggested that greater generosity by the treasury toward separated custodial parents would be desirable in order to take better account of their economic and social problems, such as an exemption for maintenance for children: I note, however, that it was not argued that this was a government obligation under the *Charter* nor was there any suggestion of a disadvantage based on the difference between the present law and such a system.

Dans le cadre de ce débat, on aura certes évoqué comme souhaitable une plus grande générosité du fisc envers les parents gardiens séparés pour mieux tenir compte de leurs difficultés économiques et sociales, telle l'exemption des pensions pour enfants; je note cependant qu'on n'a pas invoqué qu'il y ait là obligation de l'État selon la *Charte* ou que l'on puisse prétendre à un désavantage fondé sur la différence entre la loi actuelle et un tel régime.

149 It is true that the present law involves an alleviation of the burden on the payer of the maintenance, that the latter undoubtedly derives a benefit therefrom and that the parliamentary debates of the time mentioned this as one of the legislative aims, but this results in relief for the couple and a greater ability to pay and hence an incentive to pay. The beneficial effect of the system continues, though reduced since the legislation was adopted. On this point I note that the problems of collecting alimony, deplorable as they are, cannot be invoked in support of arguments that the tax system in question is discriminatory. They manifestly pertain to an area other than that of the ITA. In any case, it was not shown that the difficulties in collecting larger amounts of alimony are so serious as to cancel out the benefit conferred by the inclu-

Il est vrai que la loi actuelle comporte un allègement du fardeau du débiteur de la pension, que ce dernier en retire indéniablement un avantage et que les débats parlementaires de l'époque en font état comme un des motifs du législateur, mais ceci emporte par le fait même un dégrèvement du couple, une capacité accrue de payer, et partant, un incitatif au paiement. L'effet bénéfique du régime, quoiqu'amoiné depuis la passation de la loi, demeure. Sur ce point, je souligne que les problèmes de perception des pensions alimentaires, aussi déplorables qu'ils soient, ne peuvent être invoqués au soutien des prétentions selon lesquelles le régime fiscal en cause est discriminatoire. Ils relèvent manifestement d'un domaine qui n'est pas celui de la LIR. Il n'a pas été établi, par ailleurs, que les difficultés de perception des mon-

sion/deduction system in alleviating the tax burden.

From another standpoint, it was also suggested that separated parents might exercise an option as to responsibility for taxes. First, this involves seeking a benefit which is not given to anyone else for the benefit of those in the group who have the least need of it, namely alimony recipients who have a higher marginal tax rate than the payers. Second, as I pointed out earlier, these same persons cannot constitute a group within the meaning of s. 15 of the *Charter*, since income level is not a characteristic attaching to the individual.

In closing I would note that the inadequacy of maintenance is due to numerous factors governed by family law and is not the result of these provisions of the ITA. The distribution of the additional amounts freed up by the system does not, within the meaning of s. 15 of the *Charter*, have to be made equally between the members of the couple, as it is properly governed by family law in accordance with the child's best interests.

On the question of costs, I note that the appellant agreed to pay costs in this Court in view of the general interest of this appeal. It seems proper that costs should be awarded to the respondent throughout, though there is no justification for departing from the general rule that the costs are to be determined according to the established tariff.

VII — Disposition

I would allow the appeal, but with costs to the respondent throughout, and answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 56(1)(b) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, infringe the equality rights guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

tants de pension plus élevés sont aggravées au point d'annuler l'avantage de l'allègement du fardeau fiscal que permet le régime d'inclusion/déduction.

Dans un autre ordre d'idées, on a aussi suggéré que les parents séparés puissent exercer une option quant à la responsabilité fiscale. D'une part, il y a là recherche d'un avantage qui n'est accordé à personne d'autre et ceci en faveur des personnes qui, dans le groupe, en ont le moins besoin notamment, les créanciers de pension alimentaire supportant un taux marginal d'imposition supérieur à celui des débiteurs. D'autre part, comme je l'ai souligné antérieurement, ces mêmes personnes ne sauraient constituer un groupe au sens de l'art. 15 de la *Charte*, puisque le niveau de revenu n'est pas une caractéristique attachée à la personne.

Je note, pour clore ces observations, que l'insuffisance des pensions alimentaires est attribuable à de multiples facteurs que le droit familial régit et n'est pas le fait de ces dispositions de la LIR. Quant à la répartition des montants additionnels libérés par le régime, elle n'a pas, au sens de l'art. 15 de la *Charte*, à être faite de façon égale entre les membres du couple, étant justement régie par le droit familial selon le meilleur intérêt de l'enfant.

Eu égard aux dépens, je note que l'appelante a accepté de payer ceux-ci devant notre Cour, vu l'intérêt général de ce pourvoi. Il m'apparaît approprié que les dépens soient adjugés en faveur de l'intimée devant toutes les cours, sans qu'il soit justifié, cependant, de se départir de la règle générale voulant que les dépens soient fixés selon le tarif établi.

VII — Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens, cependant, en faveur de l'intimée devant toutes les cours et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. L'alinéa 56(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

150

151

152

153

A. No.

2. If s. 56(1)(b) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, infringes the equality rights guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is it justified in the context of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. The question does not arise.

The following are the reasons delivered by

154

CORY AND IACOBUCCI JJ. — We agree with the conclusion reached by Gonthier J., but prefer to express our own views in this matter, in light of the decisions of this Court bearing on s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that are being released contemporaneously, namely: *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, and *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418. It is clear from our joint reasons in *Egan* and our agreement with McLachlin J.'s approach to s. 15 of the *Charter* as expressed in *Miron*, that we cannot support Gonthier J.'s approach to s. 15. The analysis of functional values and relevance employed by Gonthier J. imports into a s. 15 analysis the justificatory analysis which properly belongs under s. 1 of the *Charter*. As a result, it deprives the s. 1 analysis of much of its substantive role. As well, it places an additional and erroneous onus upon the claimant. From the outset, decisions dealing with the equality section have made it clear that, under s. 15, the claimant bears only the burden of proving that the impugned legislation is discriminatory. On the other hand, under s. 1, it is the government which bears the onus of justifying that discrimination. In enunciating the principles which govern the relationship between the state and the individual, the *Charter* recognizes that the state may impinge upon fundamental rights but only in situations in which it can justify that infringement as being necessary in a free and democratic society. This division of the burden is integral to the entire structure of the *Charter*. An approach to *Charter* rights which changes the assignment of this onus should be avoided.

R. Non.

2. Dans l'éventualité où l'al. 56(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, portait atteinte aux droits garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-il justifié dans le cadre de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. La question ne se pose pas.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI — Nous sommes d'accord avec la conclusion du juge Gonthier, mais nous préférons exprimer notre propre opinion sur la question, compte tenu des deux arrêts relatifs à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* que notre Cour rend simultanément, *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, et *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418. Il ressort clairement de nos motifs conjoints dans *Egan* et de notre adhésion à la façon dont le juge McLachlin a abordé l'art. 15 de la *Charte* dans *Miron*, que nous ne pouvons pas appuyer la façon dont le juge Gonthier aborde l'art. 15. L'analyse des valeurs fonctionnelles et de la pertinence, à laquelle le juge Gonthier a recours, introduit dans une analyse fondée sur l'art. 15 l'analyse justificative qui relève normalement de l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, elle enlève à l'analyse fondée sur l'article premier une grande partie de son rôle substantiel. En outre, elle impose au requérant un fardeau supplémentaire et injustifié. Depuis le début, les arrêts traitant des droits à l'égalité ont clairement établi que, en vertu de l'art. 15, le requérant doit seulement prouver que la loi contestée est discriminatoire. Par contre, en vertu de l'article premier, c'est au gouvernement qu'il incombe de justifier la discrimination. En énonçant les principes qui régissent les rapports entre l'État et l'individu, la *Charte* reconnaît que l'État peut empiéter sur des droits fondamentaux mais seulement lorsqu'il peut démontrer que leur violation est nécessaire dans une société libre et démocratique. Ce partage du fardeau de la preuve fait partie intégrante de l'économie générale de la *Charte*. Il faudrait éviter d'aborder les droits garantis par la *Charte* d'une façon qui vienne modifier cette répartition du fardeau.

Further, the functional values/relevance approach of Gonthier J. focuses narrowly on the ground of distinction and, as a result, omits an analysis of the discriminatory impact of the impugned distinction. As we indicated in *Egan*, the purpose of s. 15 is to protect human dignity by ensuring that all individuals are recognized at law as being equally deserving of concern, respect and consideration. Consequently, it is the effect that an impugned distinction has upon a claimant which is the prime concern under s. 15.

Ultimately, the approach of Gonthier J. permits proof of relevance, standing alone, to negate a finding of discrimination. We agree with McLachlin J.'s critique of this approach as set out in *Miron*. As well, the reasons of La Forest J. in *Egan* provide an example of the somewhat circular results such reasoning might yield. This is demonstrated by his reliance upon the capacity to procreate as rendering the distinction in the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, "relevant". However, it is clear that the spousal allowance is provided to couples regardless of whether they actually have any children. Quite simply, procreation has nothing to do with the qualifications to receive the benefit.

In the case at bar, we do not believe that the group of single custodial parents receiving child support payments is placed under a burden by the inclusion/deduction system created by ss. 56(1)(b) and 60(b) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63. Although there may very well be some cases in which the gross-up calculations may shift a portion of the payer's tax liability upon the recipient spouse, we agree with Gonthier J. that one cannot necessarily extrapolate from this that a "burden" has been created, at least not for the purposes of s. 15. In this regard, this appeal is markedly different from the situation presented in both *Egan* and *Miron*.

De plus, en ayant recours aux valeurs fonctionnelles et à la pertinence, le juge Gonthier met l'accent strictement sur le motif de la distinction et, par conséquent, il omet d'analyser les effets discriminatoires de la distinction contestée. Comme nous l'avons indiqué dans *Egan*, l'art. 15 a pour but de protéger la dignité humaine en garantissant que tous les individus sont reconnus par la loi comme des êtres humains méritant le même intérêt, le même respect et la même considération. C'est donc l'effet de la distinction contestée sur le requérant qui est la première préoccupation en vertu de l'art. 15.

En fin de compte, la méthode du juge Gonthier permet que la preuve de la pertinence empêche à elle seule de conclure à la discrimination. Nous sommes d'accord avec la critique formulée par le juge McLachlin relativement à cette méthode dans *Miron*. De même, les motifs du juge La Forest dans *Egan* donnent un exemple du cercle vicieux auquel un tel raisonnement pourrait aboutir. La démonstration est faite lorsqu'il invoque la capacité de procréer pour dire que la distinction établie dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, est «pertinente». Cependant, il est évident que l'allocation de conjoint est accordée aux couples indépendamment du fait qu'ils ont réellement des enfants. La procréation n'a tout simplement rien à voir avec les conditions requises pour recevoir cet avantage.

En l'espèce, nous ne croyons pas que le groupe des parents seuls qui ont la garde d'enfants et reçoivent des prestations alimentaires pour ces derniers soit assujéti à un fardeau par le régime d'inclusion/déduction créé par les al. 56(1)(b) et 60(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63. Quoiqu'il puisse très bien y avoir des cas où les calculs de majoration peuvent transférer au conjoint bénéficiaire une partie de la charge fiscale du payeur, nous sommes d'accord avec le juge Gonthier pour dire qu'on ne peut en déduire que cela a créé nécessairement un «fardeau», du moins aux fins de l'art. 15. À cet égard, le présent pourvoi diffère d'une façon marquée de la situation existant dans les deux arrêts *Egan* et *Miron*.

155

156

157

158

In this appeal, we are, as noted by McLachlin J., dealing with two provisions geared to operate at the level of the couple. They are designed to minimize the tax consequences of support payments, thereby promoting the best interests of the children by ensuring that more money is available to provide for their care. If anything, the legislation in question confers a benefit on the post-divorce "family unit". It is clear that the divorced parents still function as a unit when it comes to providing financial and emotional support to their children and that both parents remain under a legal obligation to provide this support. The fact that one member of the unit might derive a greater benefit from the legislation than the other does not, in and of itself, trigger a s. 15 violation, nor does it lead to a finding that the distinction in any way amounts to a denial of equal benefit or protection of the law.

159

We would stress that courts should be sensitive to the fact that intrinsic to taxation policy is the creation of distinctions which operate, as noted by Gonthier J., to generate fiscal revenue while equitably reconciling what are often divergent, if not competing, interests. As must any other legislation, the *Income Tax Act* is subject to *Charter* scrutiny. The scope of the s. 15 right is not dependent upon the nature of the legislation which is being challenged. See *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695. In the present case, however, in determining whether the distinction has the effect of creating a burden, it is necessary to examine the interaction between ss. 56(1)(b) and 60(b) of the *Income Tax Act* and the family law regime. Unlike the situations presented in *Symes* and in *Egan*, the impugned provisions in this appeal explicitly incorporate and are dependent upon both federal and provincial legislative enactments and do not, by themselves, constitute a complete self-contained code. Therefore the *Income Tax Act* provisions must be looked at in conjunction with the federal and provincial statutes under which child support orders are issued in order to assess the effect upon the claimant.

En l'espèce, nous avons affaire, comme l'a fait remarquer le juge McLachlin, à deux dispositions conçues pour s'appliquer au niveau du couple. Elles visent à minimiser les incidences fiscales des versements de pension alimentaire, dans le but de promouvoir le meilleur intérêt des enfants en permettant que plus d'argent soit consacré à leur entretien. La loi en question conférerait plutôt un avantage à l'«unité familiale» après le divorce. Il est manifeste que les parents divorcés constituent encore une unité quand vient le temps de fournir un soutien financier et affectif à leurs enfants et que les deux parents continuent d'être obligés par la loi de fournir ce soutien. Le fait que l'un des membres de cette unité puisse retirer de la loi un avantage plus grand que l'autre n'entraîne pas en soi une violation de l'art. 15 ni ne mène à la conclusion que la distinction revient de quelque manière à un refus d'accorder la même protection et le même bénéfice de la loi.

Nous voudrions souligner que les tribunaux devraient être sensibles au fait qu'il est inhérent à la politique fiscale d'établir des distinctions qui ont pour effet, comme le signale le juge Gonthier, d'engendrer des revenus fiscaux tout en conciliant équitablement des intérêts souvent divergents, sinon opposés. Comme toute autre loi, la *Loi de l'impôt sur le revenu* est soumise à l'examen de la *Charte*. La portée du droit prévu à l'art. 15 ne dépend pas de la nature de la loi qui est contestée. Voir *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695. Dans le présent pourvoi, toutefois, pour déterminer si la distinction a pour effet de créer un fardeau, il faut examiner l'interaction existant entre les al. 56(1)b) et 60b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et le régime du droit de la famille. Contrairement aux cas qui se présentaient dans *Symes* et dans *Egan*, les dispositions contestées dans le présent pourvoi incorporent expressément des mesures législatives tant fédérales que provinciales et en sont tributaires mais ne constituent pas en soi un code complet. Il faut donc examiner les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* conjointement avec les lois fédérales et les lois provinciales en vertu desquelles sont rendues les ordonnances alimentaires pour les enfants afin d'évaluer leur effet sur le requérant.

In the present appeal, ss. 56(1)(b) and 60(b) of the *Income Tax Act* are triggered by the issuance of a support order pursuant to the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8. Accordingly, the taxation provisions operate in close conjunction with family law. The amount of income taxable under ss. 56(1)(b) and 60(b) is determined by the divorce or separation decree and, unless the family law system operates in a defective manner, the amount of child support will include grossing-up calculations to account for the tax liability that the recipient ex-spouse shall incur on the income. If there is any disproportionate displacement of the tax liability between the former spouses (as appears to be the situation befalling Ms. Thibaudeau), the responsibility for this lies not in the *Income Tax Act*, but in the family law system and the procedures from which the support orders originally flow. This system provides avenues to revisit support orders that may erroneously have failed to take into account the tax consequences of the payments. Therefore, in light of the interaction between the *Income Tax Act* and the family law statutes, it cannot be said that s. 56(1)(b) of the *Income Tax Act* imposes a burden upon the respondent within the meaning of s. 15 jurisprudence.

Again, it must be emphasized that the situation in the instant appeal is markedly different from that presented in *Egan*. Sections 56(1)(b) and 60(b) of the *Income Tax Act* explicitly incorporate family law. By contrast, in *Egan* the spousal allowance is allotted independently of any reference to provincial social assistance legislation. To this end, when *Egan* and *Nesbit* (as well as any other gay couple that, but for their sexual orientation, would qualify for the spousal allowance) are denied the allowance, it is clear that a burden is created. In fact, the heterosexist nature of the definition of "spouse" in the *Old Age Security Act* is solely responsible for denying the same-sex couple a benefit ordinarily available to an opposite-sex couple, and there is no incorporation of any provincial (or other) law to offset the effect of this denial.

En l'espèce, c'est une ordonnance alimentaire rendue conformément à la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, ch. D-8, qui a déclenché l'application des al. 56(1)(b) et 60(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Par conséquent, les dispositions fiscales s'appliquent en étroite relation avec le droit de la famille. Le montant du revenu imposable en vertu des al. 56(1)(b) et 60(b) est déterminé par le jugement de divorce ou de séparation et, à moins que le régime du droit familial fonctionne mal, le montant de la prestation alimentaire des enfants comprendra les calculs de majoration pour tenir compte de l'impôt que l'ex-conjoint bénéficiaire devra payer sur ce revenu. S'il y a un transfert disproportionné de l'impôt à payer entre les anciens conjoints (comme ce semble être le cas pour M^{me} Thibaudeau), la responsabilité n'en incombe pas à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, mais au régime du droit de la famille et aux procédures dont résultent les ordonnances alimentaires. Ce régime prévoit des moyens de réexaminer les ordonnances alimentaires qui, par erreur, n'ont pas tenu compte des conséquences fiscales des versements de pension. Étant donné l'interaction entre la *Loi de l'impôt sur le revenu* et les lois relatives au droit de la famille, on ne peut donc pas dire que l'al. 56(1)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* impose à l'intimée un fardeau au sens de la jurisprudence relative à l'art. 15.

Encore une fois, il faut souligner que la situation en l'espèce diffère de façon marquée de l'affaire *Egan*. Les alinéas 56(1)(b) et 60(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* incorporent expressément le droit de la famille. Par contre, dans *Egan* l'allocation de conjoint est accordée sans aucun renvoi à la loi provinciale d'aide sociale. À cette fin, lorsque *Egan* et *Nesbit* (comme tout autre couple homosexuel qui, n'eût été l'orientation sexuelle, aurait droit à l'allocation de conjoint) se voient refuser cette allocation, il est évident qu'il y a création d'un fardeau. De fait, le caractère hétérosexiste de la définition de «conjoint» dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* est seul responsable du refus au couple de même sexe d'un avantage habituellement accordé à un couple de sexe opposé, et la loi n'incorpore aucune loi provinciale (ou autre) qui vienne contrebalancer l'effet de ce refus.

162 Similarly, in *Miron* there was a denial of equal benefit of the law. The legislation at issue in the *Miron* appeal infringes s. 15 since it directly denies common law couples the insurance coverage statutorily accorded to married couples. A burdensome distinction is thus created on the basis of marital status.

163 We would observe that we are not required in this appeal to address the question of whether spousal support subject to the same taxation regime would threaten the equality principles embedded in the *Charter*. It is only child support that is at issue.

164 In sum, this is not a case in which this Court is called upon to determine whether the distinction that has been created is actually discriminatory. Simply put, there is no burden. Accordingly, this appeal can thus be disposed of at this stage of the s. 15 analysis. It follows that there is no need to enter the next stage, that of finding discrimination, the level at which the opinions of our colleagues appear to diverge conceptually. In so far as we disagree with McLachlin J.'s conclusion that ss. 56(1)(b) and 60(b) of the *Income Tax Act* occasion a burden, our disagreement is limited to an application of her approach to the facts of this case, not with her methodology *per se*, which we endorse. By corollary, our concurrence with Gonthier J. in the disposition of this appeal is one of result, not of method. This conclusion emerges because, in the instant case, we find that there is no denial of any benefit of the law within the context of s. 15.

165 We would dispose of the appeal and answer the constitutional questions in the manner proposed by Gonthier J.

The following are the reasons delivered by

166 MCLACHLIN J. (dissenting) — This appeal requires the Court to determine whether the deduction/inclusion scheme for separated or divorced couples set out in ss. 56(1)(b) and 60(b) of the

De même, dans *Miron*, on a refusé d'accorder le même bénéfice de la loi. Les mesures législatives en cause dans *Miron* violent l'art. 15 puisqu'elles refusent directement aux couples de fait la couverture d'assurance que la loi accorde aux couples mariés. Une distinction créant un fardeau est alors établie en raison du statut matrimonial.

Il faut souligner qu'on ne nous demande pas en l'espèce de décider si l'assujettissement de la pension alimentaire du conjoint au même régime fiscal menacerait les principes d'égalité consacrés par la *Charte*. Le présent litige vise uniquement la prestation alimentaire pour enfants.

En somme, il ne s'agit pas d'un cas où la Cour est appelée à déterminer si la distinction établie est vraiment discriminatoire. Il n'existe tout simplement pas de fardeau. Par conséquent, le présent pourvoi peut être tranché à ce stade-ci de l'analyse fondée sur l'art. 15. Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de passer au stade suivant, celui de déterminer s'il y a discrimination, niveau auquel les opinions de nos collègues semblent diverger sur le plan des concepts. Dans la mesure où nous ne sommes pas d'accord avec la conclusion du juge McLachlin, selon laquelle les al. 56(1)(b) et 60(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* entraînent un fardeau, notre divergence d'opinions se limite à l'application de sa méthode aux faits de la présente affaire et ne porte pas sur sa méthodologie en soi, que nous appuyons. En corollaire, nous sommes d'accord avec le juge Gonthier quant au résultat auquel il est arrivé dans le présent pourvoi, mais non quant à la méthode utilisée. Cette conclusion découle du fait que, en l'espèce, nous estimons qu'il n'y a pas de refus du même bénéfice de la loi au sens de l'art. 15.

Nous sommes d'avis de trancher le présent pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière proposée par le juge Gonthier.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Dans le présent pourvoi, notre Cour doit déterminer si le régime déduction/inclusion pour les couples séparés ou divorcés, prévu aux al. 56(1)(b) et 60(b)

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63 ("ITA"), infringes the equality rights guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The scheme taxes Ms. Thibaudeau on the amounts paid to her by her ex-husband for the exclusive benefit of the children in her custody through the inclusion requirement contained in s. 56(1)(b) ITA. Her ex-husband, on the other hand, enjoys a deduction for the amounts paid as child support due to the deduction benefit contained in s. 60(b) ITA. The inclusion of the children's support payments in Ms. Thibaudeau's taxable income increased her federal tax burden by \$3,705 for 1989. The divorce decree provided only \$1,200 for this additional tax burden. As a result of the application of the ITA deduction/inclusion scheme Ms. Thibaudeau was obliged to pay the difference of \$2,505 in federal tax for 1989 out of her own income and resources after consideration of all tax credits.

The Tax Court of Canada dismissed Ms. Thibaudeau's argument that the Act treats her in a discriminatory manner: 92 D.T.C. 2111, [1992] 2 C.T.C. 2497. It reasoned that since the system allows the quantum of the children's support payments to be adjusted in order to offset the increased tax burden resulting from the inclusion of amounts paid for the children in the custodial parent's taxable income, the system treats both parents equally. The Federal Court of Appeal set aside this decision, relying on the fact that in many cases, the deduction/inclusion scheme penalizes the custodial parent by imposing on him or her a proportionately higher tax burden than that of the non-custodial parent, who benefits from a 100 per cent deduction in respect of the amounts he pays for his children: [1994] 2 F.C. 189, 94 D.T.C. 6230, [1994] 2 C.T.C. 4, 167 N.R. 161, 114 D.L.R. (4th) 261, 21 C.R.R. (2d) 35, 3 R.F.L. (4th) 153. Justices Sopinka and Gonthier, as well as Justices Cory and Iacobucci, would hold that the Federal Court of Appeal erred. With respect, I share the

de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 («LIR»), porte atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

En vertu de ce régime, M^{me} Thibaudeau doit payer de l'impôt sur les sommes que lui verse son ex-conjoint pour le bénéfice exclusif des enfants dont elle a la garde (obligation d'inclusion: al. 56(1)b) LIR). Son ex-conjoint, en revanche, bénéficie d'une déduction à l'égard des sommes versées à titre de pension alimentaire pour ses enfants (bénéfice de déduction: al. 60b) LIR). L'inclusion de la pension alimentaire des enfants dans le revenu imposable de M^{me} Thibaudeau a augmenté son impôt fédéral de 3 705 \$ pour l'année 1989, alors que le jugement de divorce ne lui accordait que 1 200 \$ pour compenser la charge fiscale supplémentaire. En raison de l'application du régime déduction/inclusion de la LIR, et même en tenant compte de tous les crédits d'impôt, M^{me} Thibaudeau a donc dû acquitter sur ses propres revenus et ressources la somme supplémentaire de 2 505 \$ en impôt fédéral pour l'année 1989.

La Cour canadienne de l'impôt a rejeté la prétention de M^{me} Thibaudeau selon laquelle la loi la traite de façon discriminatoire: 92 D.T.C. 2098, [1992] 2 C.T.C. 2497. Selon cette cour, puisque le régime permet l'ajustement du montant des pensions pour compenser l'augmentation du fardeau fiscal découlant de l'inclusion des sommes versées pour les enfants dans le revenu imposable du parent gardien, on doit conclure que le régime traite les deux parents de façon égale. La Cour d'appel fédérale a cassé cette décision en se basant sur le fait que, dans un grand nombre de cas, le régime déduction/inclusion pénalise le parent gardien en lui imposant une charge fiscale proportionnellement plus élevée que celle du parent non gardien qui, lui, bénéficie d'une déduction de 100 pour 100 à l'égard des sommes qu'il verse pour ses enfants: [1994] 2 C.F. 189, 94 D.T.C. 6230, [1994] 2 C.T.C. 4, 167 N.R. 161, 114 D.L.R. (4th) 261, 21 C.R.R. (2d) 35, 3 R.F.L. (4th) 153. Les juges Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci ne souscrivent pas à cette dernière décision. En toute défé-

167

168

viewpoint of the majority on the Federal Court of Appeal.

I. Facts

169 As Gonthier J. has already related the principal facts, I need only refer to certain aspects of the evidence. The evidence established the following facts.

1. The children's support payments in the case at bar are paid and received pursuant to a decree nisi of divorce granted on December 1, 1987. By that decree, the judge awarded custody of the two children of the marriage to Ms. Thibaudeau. Finding her to be financially self-sufficient, he declined to order her ex-husband to make support payments for her own needs. With respect to support payments for the children, the judge ordered the ex-husband to pay Ms. Thibaudeau the sum of \$1,150 a month, which included a sum of between \$150 and \$250 a month to cover the additional tax which Ms. Thibaudeau would be paying as a result of including the children's support payments in the computation of her taxable income.

2. The additional amount awarded to Ms. Thibaudeau for taxes on the children's support payments was insufficient to cover the increased tax burden resulting from inclusion of their support payments in her income. As a result of the inadequate adjustment of the amount of child support, Ms. Thibaudeau was obliged to pay part of her additional tax burden for 1989 — \$2,505 in federal tax — from her own income and resources.

II. Issues

170 These facts raise the question of whether the inclusion of support payments for the children in the income of the spouse who has custody of the children, as required by s. 56(1)(b) ITA, infringes the *Charter*, which reads:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and the freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as

rence, je partage le point de vue accepté à la majorité en Cour d'appel fédérale.

I. Les faits

Le juge Gonthier ayant déjà relaté les faits principaux, il me suffit de souligner certains aspects de la preuve. La preuve établit les faits suivants:

1. En l'espèce, la pension alimentaire des enfants est versée et perçue en vertu du jugement conditionnel de divorce rendu le 1^{er} décembre 1987. Par ce jugement, le juge confiait la garde des deux enfants du mariage à M^{me} Thibaudeau. Considérant que cette dernière était financièrement autonome, il a refusé d'ordonner à son ex-conjoint de lui verser une pension alimentaire pour ses propres besoins. En ce qui a trait à la pension alimentaire des enfants, le juge a ordonné à l'ex-conjoint de verser à M^{me} Thibaudeau la somme de 1 150 \$ par mois, dont une somme comprise entre 150 \$ et 250 \$ par mois devait servir à couvrir l'impôt additionnel que M^{me} Thibaudeau allait payer en raison de l'inclusion de la pension alimentaire des enfants dans le calcul de son revenu imposable.

2. La somme additionnelle accordée à M^{me} Thibaudeau pour les impôts relatifs à la pension alimentaire des enfants était insuffisante pour compenser l'augmentation du fardeau fiscal occasionnée par l'inclusion de cette pension dans son revenu. En raison de l'ajustement inadéquat du montant de la pension, M^{me} Thibaudeau a dû acquitter, pour l'année 1989, une partie de cette charge fiscale supplémentaire — soit 2 505 \$ en impôt fédéral — sur ses propres revenus et ressources.

II. Les questions en litige

Ces faits amènent à se demander si l'inclusion de la pension alimentaire des enfants dans le revenu du conjoint qui en a la garde, comme l'exige l'al. 56(1)(b) LIR, porte atteinte à la *Charte* qui prévoit:

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

can be demonstrably justified in a free and democratic society.

The right at issue here is the right of equality:

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.

It follows that the Court must consider two specific questions:

1. Does the inclusion requirement provided for in s. 56(1)(b) ITA infringe the equality rights guaranteed by s. 15 of the *Charter*?
2. If so, is s. 56(1)(b) ITA justified under s. 1 of the *Charter*?

III. Analysis

A. *Inequality Contrary to Section 15 of the Charter*

(1) Legislative History

An analysis of the argument that the ITA treats Ms. Thibaudeau unequally as compared with her ex-husband must be conducted against the background of the history of the impugned legislation. This history suggests that Parliament was never concerned with equality of treatment between separated parents, and that the potential for inequality contained in the legislation has been exacerbated during the years following its enactment.

The deduction/inclusion scheme was introduced in 1942. Both the structure of the scheme and the wording of the provisions have essentially remained unchanged since then. The income splitting produced by this system is an exception to the general rule of individual taxation underlying the ITA. The deduction/inclusion scheme does not treat each taxpayer as a separate taxation unit, but treats the non-custodial parent as forming part of a single taxation unit, the family. By a legislative fiction, the deduction/inclusion scheme removes

limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le droit en jeu devant nous est le droit à l'égalité:

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.

Nous devons donc examiner deux questions spécifiques:

1. L'obligation d'inclusion prévue par l'al. 56(1)(b) LIR porte-t-elle atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte*?
2. Si oui, l'al. 56(1)(b) LIR est-il justifié dans le cadre de l'article premier de la *Charte*?

III. L'analyse

A. *L'inégalité et l'atteinte à l'art. 15 de la Charte*

(1) L'historique législatif

L'analyse de l'argument selon lequel la LIR impose à M^{me} Thibaudeau un traitement inégal par rapport à son ex-conjoint doit se faire dans le contexte de l'historique de la législation contestée. Cet historique démontre que le Parlement ne s'est jamais préoccupé de l'égalité de traitement entre des parents séparés et que le potentiel d'inégalité contenu dans la loi a été exacerbé au cours des années qui ont suivi son adoption.

Le régime déduction/inclusion a été mis en place en 1942 et la structure du régime, de même que le libellé des dispositions, sont essentiellement demeurés inchangés jusqu'à aujourd'hui. Le fractionnement du revenu effectué par ce régime fait exception au principe général de la taxation individuelle sur lequel se fonde la LIR. En effet, le régime n'envisage pas chaque contribuable comme une unité de taxation distincte, mais considère plutôt que le parent gardien et le parent non gardien forment une seule unité d'imposition, la famille.

the amount of the support payments paid between former spouses from the non-custodial parent's taxable income, and transfers it to the custodial parent's taxable income.

173

Parliament created this exception to the general rule of individual taxation in order to ameliorate the situation of separated or divorced couples as well as that of any new family that might result from a new marriage by the non-custodial parent. In 1942, the husband was almost invariably the sole source of financial support for the wife and children. It is thus not surprising that Parliament considered that any improvement in the situation of all concerned — the first wife, the second wife or the children — could best be accomplished by improving the situation of the husband or father. It is also not surprising that Parliament was not concerned with ensuring equal tax treatment for the former spouses. At the time of enactment, women who had the custody of children did not work outside the home, rare cases excepted. Thus they very seldom were required to pay tax. The following extract from the *House of Commons Debates* indicates the reasoning underlying the establishment of a deduction benefit for the non-custodial parent and reveals the logic which led Parliament in the Mackenzie King era to adopt the system to which Ms. Thibaudeau now objects:

Mr. HANSON (York-Sunbury): Such a man who has married again is in a very tight spot. I think he ought to have a little consideration; that should be allowed as a deduction.

Mr. BENICE: I was going to say a word on that point. It seems to me most unfair that when a man is divorced and is supporting his ex-wife by order of the court, he should not be allowed to deduct, for income tax purposes, the amount paid in alimony. If that were done, the ex-wife could be required to file an income tax return as a single woman, as she should, and she would have to acknowledge receipt of that income in making up that return. In many cases the man has married again, but still he must pay a very high tax on the \$60, \$70 or \$80 a month he must pay his former wife. I am not thinking of it so much from the point of view of the husband, though I believe he is in a very bad spot. In the cases with which I have become acquainted, the hus-

Par une fiction législative, le régime déduction/inclusion élimine donc le montant de la pension alimentaire versée entre ex-conjoints, du revenu imposable du parent non gardien, pour le transférer dans le revenu imposable du parent gardien.

Le Parlement a créé cette exception au principe général de taxation individuelle dans le but d'améliorer la situation des couples séparés ou divorcés, aussi bien que celle de la nouvelle famille qui pourrait être créée par le remariage du parent non gardien. En 1942, la seule source de soutien financier de la femme et des enfants était presque toujours le mari. Il est donc peu surprenant que le Parlement ait considéré qu'une amélioration de la situation de toutes les personnes concernées — la première femme, la deuxième femme, ou les enfants — passait nécessairement par une amélioration de la situation du mari ou du père. Il n'est pas surprenant non plus que le Parlement ne se soit pas soucié d'assurer un traitement fiscal égal des ex-conjoints. À l'époque, les femmes qui avaient la garde des enfants ne travaillaient pas hors du foyer, sauf dans de rares cas. Il était donc très rare qu'elles aient à payer de l'impôt. L'extrait suivant des *Débats de la Chambre des communes* laisse voir le raisonnement qui sous-tendait l'instauration du bénéfice de déduction pour le parent non gardien et révèle la logique qui a amené le Parlement de l'époque Mackenzie King à adopter le régime dont se plaint ici M^{me} Thibaudeau:

L'hon. M. HANSON: L'homme qui s'est marié de nouveau se trouve dans des circonstances difficiles. Je suis d'avis qu'il mérite une certaine considération, qu'il devrait obtenir une réduction.

M. BENICE: J'allais dire un mot à ce sujet. Il me semble très injuste qu'un divorcé qui supporte sa première femme par ordre du tribunal ne puisse, aux fins de l'impôt sur le revenu, déduire la pension alimentaire qu'il lui verse. S'il le pouvait, on pourrait obliger la première femme à préparer sa déclaration d'impôt comme si elle était célibataire, — elle l'est en réalité, — et à inscrire sa pension au chapitre du revenu dans sa déclaration. Souvent le divorcé s'est remarié, et il lui faut acquitter un lourd impôt sur la pension mensuelle de \$60, \$70 ou \$80 par mois qu'il verse à son ancienne épouse. Ce n'est pas la cause du mari que je plaide, bien qu'il soit en très mauvaise posture. Dans les cas portés à ma connaissance le mari n'a pu effectuer les versements.

band has defaulted in his payments because he has not been able to make them, and in those cases it is the former wife who suffers, and accordingly I believe she should be given as much consideration as the husband.

Mr. ILSLEY: I agree that there is a great deal of injustice to the husband, and perhaps indirectly to the wife, under the law as it stands now, and much consideration has been given some method by which the law might be changed. However, I am not in a position at the moment to say whether or not an amendment to meet the situation will be proposed. The matter is still under consideration.

...

Mr. GREEN: I really think it is an impossible situation, with the tax so greatly increased as it has been this year. After all, our law recognizes divorce, and once the parties are divorced they are entitled to marry again. In some cases that have been brought to my attention the husband has remarried and had children by the second wife, but is forced to pay income tax on the alimony that he pays the first wife, and I suggest that the position is absolutely unfair.

Mr. ILSLEY: I agree that it is, in a great many cases. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. V, 3rd sess., 19th Parl., July 17, 1942, at pp. 4360-61.)

Despite its laudable aim of ameliorating the position of all members of the broken family, the method Parliament chose to accomplish this goal contained the seeds of future inequality. It focused solely on improving the financial situation of the non-custodial parent and ignored the tax position of the custodial parent. It contained no provisions to ensure that the custodial parent receiving payments for children would not see her personal tax burden increased, much less share the advantageous tax treatment enjoyed by the non-custodial parent.

At the time Parliament did not consider the tax impact of the deduction/inclusion scheme on custodial parents (who in the great majority of cases were the mothers). There was no concern with the need to ensure that the latter receive an adequate

et c'est la première femme qui en souffre. Je dis donc qu'elle mérite autant de considération que le mari.

L'hon. M. ILSLEY: Je conviens que le mari subit de graves injustices, et aussi la femme, indirectement, devant la loi actuelle, et l'on a songé à quelque façon de modifier la loi. Je ne saurais cependant dire pour l'heure si quelque amendement sera proposé dans ce sens. La question est à l'étude.

...

M. GREEN: J'estime que nous sommes dans une situation impossible avec l'énorme majoration des impôts cette année. Après tout, nos lois admettent le divorce et, ayant obtenu le divorce, les parties intéressées peuvent se marier de nouveau. Dans certains cas qu'on a portés à ma connaissance, l'époux est remarié et sa deuxième épouse lui a donné des enfants; cependant, il doit payer l'impôt sur le revenu pour la pension alimentaire qu'il verse à sa première épouse. C'est absolument injuste, il me semble.

L'hon. M. ILSLEY: J'admets que c'est injuste dans beaucoup de cas. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 3^e sess., 19^e Lég., 17 juillet 1942, aux pp. 4505 et 4506.)

Or, malgré les bonnes intentions du Parlement, la méthode choisie pour améliorer la condition de tous les membres de la famille démantelée, contenait les germes des inégalités futures. En effet, cette méthode était axée uniquement sur l'amélioration de la situation financière du parent non gardien et ne tenait aucun compte de la situation fiscale du parent gardien. Elle ne prévoyait aucune disposition pour assurer que le fardeau fiscal du parent gardien recevant les montants destinés aux enfants n'augmente pas injustement, et moins encore pour assurer qu'il profite du traitement fiscal avantageux accordé au parent non gardien.

À l'époque, le Parlement n'a pas considéré l'impact fiscal du régime déduction/inclusion pour les parents gardiens (les mères dans la très vaste majorité des cas). On ne s'est pas préoccupé de la nécessité d'assurer à ces dernières un ajustement

174

175

adjustment of the amount of support payments to offset the additional tax burden they might be required to assume as a result of the inclusion of this amount in computing their taxable income. The fact that most separated women remained in the home, had no income, and paid no tax, suffices to explain why their tax situation received no attention at the time.

adéquat du montant de la pension pour compenser le fardeau fiscal supplémentaire qu'elles pourraient être obligées d'assumer en raison de l'inclusion de cette somme dans le calcul de leur revenu imposable. Le fait que la plupart des femmes séparées restaient alors au foyer, n'avaient aucun revenu et ne payaient pas d'impôt, explique sûrement pourquoi leur situation fiscale n'a suscité aucune attention particulière à ce moment.

176 These assumptions, however, no longer hold true. The half-century that has passed since the adoption of the tax scheme which Ms. Thibaudeau challenges has seen great changes in society and in the family. In the social context of 1942 the inequality inherent in the system was not widely felt; in the modern social context, the same inequality is widely felt. In 1992, 56 percent of married women held employment (P. La Novara, *A Portrait of Families in Canada* (1993), at p. 21) and there are many more taxpayers today among women than there were in 1942. The negative effect of the inclusion requirement on the custodial parent (women in most cases) has thus become greater over the years.

Ces suppositions ne correspondent plus à la réalité moderne. Le demi-siècle qui s'est écoulé depuis la mise en place du régime contesté par M^{me} Thibaudeau a amené son lot de changements, tant pour la famille que pour la société en général. Dans le contexte social de 1942, l'inégalité créée par le régime n'était pas largement ressentie; dans le contexte social actuel, cette même inégalité se fait très largement sentir. En 1992, 56 pour 100 des femmes mariées occupaient un emploi (P. La Novara, *Un portrait des familles au Canada* (1993), à la p. 21) et il y a aujourd'hui beaucoup plus de contribuables femmes qu'il n'y en avait en 1942. L'effet négatif de l'obligation d'inclusion pour le parent gardien (des femmes dans la plupart des cas) s'est donc accentué avec les années.

(2) Present Inequality under Section 15(1) of the Charter

(2) L'inégalité actuelle dans le cadre du par. 15(1) de la Charte

177 In *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at p. 485, I take the view that an analysis under s. 15(1) of the *Charter* involves two stages. First, the claimant must show that the impugned legislation treats him or her differently by imposing a burden not imposed on others or denying a benefit granted to others. Second, the claimant must show that this unequal treatment is discriminatory. This requires one to consider whether the impugned legislative distinction is based on one of the grounds of discrimination enumerated in s. 15(1) or on an analogous ground. In the great majority of cases the existence of prejudicial treatment based on an enumerated or analogous ground leads to a conclusion that s. 15(1) has been infringed. Distinctions made on these grounds are typically based on stereotypical attitudes about the presumed characteristics or situations of individuals rather than their true situation or actual ability. Once a breach has been

Dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, à la p. 485, j'explique que selon moi, une analyse en vertu du par. 15(1) de la *Charte* doit se faire en deux étapes. Premièrement, le requérant doit établir que la loi contestée le traite différemment en lui imposant un fardeau non imposé à d'autres ou en lui refusant un avantage accordé à d'autres. Deuxièmement, le requérant doit démontrer que ce traitement inégal est discriminatoire. Il faut donc, pour traiter ce deuxième point, déterminer si la distinction créée par la loi se fonde sur un des motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue. L'existence d'un traitement préjudiciable sur la base d'un motif énuméré ou analogue mène, dans la très grande majorité des cas, à une conclusion de violation du par. 15(1). En effet, de telles distinctions découlent généralement d'attitudes stéréotypées quant aux caractéristiques et à la situation présumées des individus, plutôt

established, it is for the government to justify the inequality under s. 1 of the *Charter* by showing that the distinction is reasonable and justifiable in a free and democratic society: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 136-37; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 768; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591, at p. 627; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 986; and *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 153.

(a) *Inequality of Protection or Benefit of the Law and its Basis*

The impugned taxation scheme imposes a burden on separated or divorced custodial parents, which it does not impose on separated or divorced non-custodial parents. The custodial parent must include child support payments from which she gains no personal benefit. The non-custodial parent may deduct support payments from his taxable income. He is taxed only on his actual personal income less this deduction. On its face, this demonstrates adverse unequal treatment of custodial parents. The evidence in this case suggests that taking into account the amounts from which she benefitted in the form of tax credits, Ms. Thibaudeau was obliged to pay from her own resources an additional \$2,505 in federal tax for 1989 as a result of the inclusion of child support payments in her taxable income: testimony of Jean-François Drouin, a tax lawyer.

The increased tax burden resulting from this artificial inflation of the custodial parent's taxable income may increase the amount of tax payable in two ways. First, the inclusion increases the amount of taxable income and consequently the amount of tax payable. Second, the inclusion may result in an increase in the marginal tax rate and hence in the tax payable.

The inequality between the custodial and non-custodial spouse is exacerbated by the fact that the latter enjoys an automatic and absolute right of

que de leur situation ou de leurs capacités réelles. Une fois la violation établie, il incombe à l'État de justifier l'inégalité en vertu de l'article premier de la *Charte* en démontrant le caractère raisonnable et justifiable de la distinction dans le cadre d'une société libre et démocratique: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pp. 136 et 137; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 768; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, à la p. 627; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 986; et *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 153.

a) *L'inégalité de protection ou de bénéfice de la loi et son fondement*

Le régime fiscal contesté impose aux parents gardiens séparés ou divorcés un fardeau qui n'est pas imposé aux parents non gardiens séparés ou divorcés. Le parent gardien doit inclure dans son revenu imposable la pension alimentaire de ses enfants, dont il ne tire aucun bénéfice personnel, alors que le parent non gardien peut déduire cette somme. Ce dernier n'est imposé que sur son revenu personnel après déduction de cette somme. À première vue, ceci constitue un traitement préjudiciable du parent gardien. La preuve en l'espèce indique d'ailleurs que, même en tenant compte des sommes dont elle bénéficiait en vertu de crédits d'impôt, M^{me} Thibaudeau a dû payer 2 505 \$ de plus en impôt fédéral pour l'année 1989 en raison de l'inclusion de la pension alimentaire de ses enfants dans le calcul de son revenu imposable: témoignage de M^e Jean-François Drouin, avocat fiscaliste.

L'augmentation du fardeau fiscal résultant de ce gonflement artificiel du revenu imposable du parent gardien peut se faire sentir à deux niveaux. Premièrement, l'inclusion augmente le montant du revenu imposable et, par conséquent, de l'impôt à payer. Deuxièmement, l'inclusion peut entraîner une augmentation du taux marginal d'imposition et, du même coup, de l'impôt à payer.

L'inégalité est exacerbée d'abord par le fait que la déduction dont bénéficie le parent non gardien en vertu du régime déduction/inclusion est automa-

178

179

180

deduction of support payments from personal income, while the former's ability to offset the increase in her taxes by obtaining an adjustment of support is unpredictable. Whether the custodial parent receives such an adjustment or not, the non-custodial parent may reduce his tax burden by deducting the full amount of the child support paid by him in computing his taxable income. On the other hand, not only must the custodial parent request any adjustment from the court, it is not always certain that the court will correctly assess the tax impact or will award a sufficient amount to enable the recipient to discharge her additional tax burden.

tique et absolue, alors que la possibilité pour le parent gardien de bénéficier d'un ajustement lui permettant de couvrir les sommes additionnelles d'impôt à payer est aléatoire et incertaine. Que le parent gardien bénéficie ou non d'un tel ajustement, le parent non gardien pourra réduire son fardeau fiscal en déduisant du calcul de son revenu imposable le plein montant de la pension qu'il verse. Par ailleurs, non seulement le parent gardien doit demander cet ajustement au tribunal, mais il n'est pas toujours certain que le tribunal évaluera correctement cette incidence fiscale ou attribuera une somme suffisante pour permettre au parent gardien de s'acquitter de sa charge fiscale supplémentaire.

181 Similarly, when the tax cost of child support alters as the result of a change in the circumstances of the parties, it is up to the custodial parent to claim an adjustment of child support. For example, if the custodial parent increases her annual income and her marginal tax rate, she will be obliged to initiate proceedings and show that the increase in the tax cost of the child support justifies an adjustment. The economic as well as psychological and practical hardships involved in such proceedings explain why support orders are rarely amended in such cases and why the custodial parent more often than not ends up paying the additional tax burden out of her own resources or those of the children in her custody (Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee, *The Financial Implications of Child Support Guidelines: Research Report*, May 1992, at p. 91). The non-custodial parent, for his part, always automatically benefits from the deduction, even if the tax adjustment for the custodial parent is no longer adequate.

De même, lorsque le coût fiscal de la pension alimentaire des enfants varie en raison d'un changement dans la situation des parties, il appartient au parent gardien de réclamer la révision de la pension. Par exemple, si son revenu annuel et son taux marginal d'imposition augmentent, le parent gardien devra entamer les démarches et prouver que l'augmentation du coût fiscal de la pension des enfants justifie une révision de son montant. Les inconvénients tant économiques que psychologiques et pratiques inhérents à de telles démarches expliquent que les ordonnances alimentaires sont rarement modifiées dans de telles circonstances et que le parent gardien finit, plus souvent qu'autrement, par payer la charge fiscale supplémentaire sur ses propres ressources ou celles des enfants dont il a la garde (Comité fédéral/provincial/territorial sur le droit de la famille, *Les incidences économiques des règles de fixation des pensions alimentaires pour enfants: rapport de recherche*, mai 1992, à la p. 101). Le parent non gardien, quant à lui, bénéficie toujours automatiquement de la déduction, et ce, même si l'ajustement fiscal pour le parent gardien n'est plus adéquat.

182 The logic of the deduction/inclusion scheme is further called into question by the fact that our society strongly encourages women to attain financial self-sufficiency, and, in pursuit of that essential objective, to increase their income. The higher the income of the custodial parent, the greater will be her tax rate and the more she will be penalized

La logique du régime déduction/inclusion est aussi mise à rude épreuve du fait même que notre société encourage très fortement les femmes à atteindre l'autonomie financière et, dans la poursuite de cet objectif essentiel, à augmenter leurs revenus. Plus le parent gardien aura des revenus élevés, plus son taux d'imposition sera important

by the requirement of including the amount of child support in computing her own taxable income. Such a mechanism not only does not encourage women to attain financial self-sufficiency, it seems designed in some cases to discourage them from increasing their income. One of the premises on which the logic of the deduction/inclusion scheme rests (that custodial parents are generally subject to a lower tax rate than those who pay the child support) is less and less in accord with present reality and undermines the importance our society places on women attaining financial self-sufficiency. The deduction/inclusion scheme therefore not only presents a problem in the limited context of reviewing the applicable legislation, but also in more general terms.

A further inequality in the deduction/inclusion scheme may be noted. While the non-custodial parent may deduct child support from his taxable income, the custodial parent not only cannot deduct amounts she spends on maintaining the children, but must also pay the tax that the non-custodial parent would ordinarily have had to pay on the income devoted to child support. The deduction/inclusion scheme overlooks the custodial parent's financial contribution to the support of the children. The ITA limits the amounts that may be deducted to child support under a court order or written agreement. Court orders or written agreements never allude to the amounts which the custodial parent personally devotes to supporting the children in his or her custody. Still less do they note the contribution of the custodial parent in terms of services, presence and availability. Standard child deductions and credits claimed by the custodial parent are legislatively capped, and may fall short of her actual expenditure for the child. It need hardly be added that the non-custodial separated or divorced parent has no obligation to include in his or her taxable income amounts

et plus il sera pénalisé par l'obligation d'inclure le montant de la pension alimentaire des enfants dans le calcul de son propre revenu imposable. Non seulement un tel mécanisme n'encourage-t-il pas les femmes à atteindre l'autonomie financière, mais encore semble-t-il vouloir les dissuader, dans certains cas, d'augmenter leurs revenus. Une des prémisses sur lesquelles la logique du régime déduction/inclusion se fonde (que les parents gardiens sont généralement assujettis à un taux d'imposition moindre que les parents qui versent la pension) correspond de moins en moins à la réalité actuelle et met en échec l'importance que notre société accorde à l'atteinte de l'autonomie financière par les femmes. Le régime déduction/inclusion ne pose donc pas seulement problème dans le cadre restreint de l'examen des dispositions législatives pertinentes, mais aussi dans un contexte plus général.

Je note une autre inégalité créée par le régime déduction/inclusion. Alors que le parent non gardien peut déduire de son revenu imposable les sommes qu'il consacre à l'entretien des enfants, le parent gardien non seulement ne peut pas déduire les sommes qu'il consacre lui-même à l'entretien des enfants, mais il doit également payer l'impôt que le parent non gardien aurait normalement dû payer sur la part de son revenu consacrée à l'entretien des enfants. Le régime déduction/inclusion ignore donc totalement la contribution financière du parent gardien à l'entretien des enfants. La LIR limite les sommes déductibles à celles payables à titre de soutien alimentaire pour les enfants en vertu d'une ordonnance du tribunal ou d'un accord écrit. Or, ces ordonnances ou accords écrits ne mentionnent jamais les sommes que le parent gardien doit consacrer personnellement à l'entretien des enfants dont il a la garde. Ils notent encore moins la contribution du parent gardien en termes de services, de présence et de disponibilité. Les crédits d'impôt, de même que la déduction pour enfant à charge à laquelle le parent gardien a droit, fonctionnent sur la base de montants fixes qui peuvent être inférieurs aux dépenses réelles engagées par le parent gardien pour les enfants. Est-il nécessaire d'ajouter que le parent non gardien séparé ou divorcé n'a, lui, aucune obligation d'inclure dans

which the custodial parent spends on maintaining the children.

184 Although a comparison between the tax obligations of the custodial and non-custodial parents seems to me the best means of establishing the existence of prejudicial treatment of the former as compared with the latter, this conclusion can be buttressed by other comparisons.

185 Apart from s. 56(1)(b) ITA, child support is not included in the taxable income of other persons in situations similar to that of the custodial parent. The general principle of individual taxation applies, and the person having custody is not taxed on amounts which do not personally belong to him or her. For example, if child custody is awarded to a third party to whom the parents pay child support, the principle of individual taxation applies and the third party is not required to include child support in his or her taxable income. The law thus treats a separated custodial parent and a custodial third party receiving child support differently, imposing on the former an obligation to which the latter is not subject. Parliament may have had valid reasons for not requiring custodial third parties to include the amount of the children's support payments in their taxable income, for example, a desire not to discourage third parties from accepting child custody. But this does not permit us to infer that it is fair and acceptable to penalize custodial parents by placing an unequal tax burden on them.

186 The case of a custodial parent who is widowed provides a similar comparison. If one parent dies and leaves money for the child, the surviving parent who retains custody of the child and administers the money for the child is not required to include it in his or her taxable income. The amount bequeathed is intended exclusively for the child, a fact which the tax law recognizes. Again, we see

son revenu imposable les sommes que le parent gardien consacre à l'entretien des enfants?

Même si la comparaison des obligations fiscales du parent gardien et celles du parent non gardien me semble être le meilleur moyen de démontrer l'existence d'un traitement préjudiciable du premier par rapport au second, d'autres rapprochements pourraient être faits pour renforcer ce constat.

En dehors de l'al. 56(1)b LIR, aucune autre disposition ne prévoit l'inclusion du montant de la pension alimentaire des enfants dans le calcul du revenu imposable d'autres personnes se trouvant dans des situations similaires à celle du parent gardien. Le principe général de la taxation individuelle s'applique et la personne qui a la garde n'est pas assujettie à l'impôt sur des montants qui ne lui appartiennent pas personnellement. Par exemple, si la garde de l'enfant est confiée à un tiers qui reçoit des parents une pension alimentaire pour le bénéfice exclusif de l'enfant, le principe général de l'individualité de la taxation s'applique et le tiers gardien n'a pas à inclure la pension alimentaire de l'enfant dans le calcul de son revenu imposable. La loi traite donc de façon différente le parent gardien séparé et le tiers gardien qui perçoit une pension alimentaire pour les enfants, en imposant au premier une obligation qui ne pèse pas sur le second. Il se peut que le Parlement ait eu des raisons valides de ne pas obliger les tiers gardiens à inclure le montant de la pension alimentaire des enfants dans le calcul de leur revenu imposable. Par exemple, le Parlement a pu y voir le moyen de ne pas décourager les tiers à accepter la garde d'enfants. Mais cela ne nous autorise pas à en déduire qu'il est équitable et acceptable de pénaliser les parents gardiens en leur imposant un fardeau fiscal inégal.

Le cas du parent gardien veuf offre une autre comparaison intéressante. Si un des parents décède et laisse de l'argent en héritage à son enfant, le parent survivant qui conserve la garde de l'enfant et administre cette somme pour lui n'est pas obligé de l'inclure dans le calcul de son revenu imposable. La somme léguée est destinée exclusivement à l'enfant et le droit fiscal tient compte de cette réa-

that the law treats widowed custodial parents differently from separated or divorced custodial parents. It may be argued that the different tax treatment results from the fact that the money inherited by the child is the child's property (although the surviving parent administers it), while the child's support paid to a custodial parent for the exclusive benefit of the children is not only administered by the custodial parent but is also part of the latter's property — in short that the distinction is based not on the status of the person receiving the child support payment but on the nature of the amount paid. But this technical legal distinction must yield to reality. Child support paid to separated or divorced custodial parents is provided exclusively for the child. While the custodial parent is not subject to the obligation of rendering accounts, in reality the money is paid for the exclusive benefit of the child. The fact that in one case the custodial parent holds the property subject to a legal trust and in the other subject to the practical reality of the child's needs, cannot justify imposing a tax burden in one case and none in the other.

I conclude that the deduction/inclusion scheme imposes a burden on the custodial parent which it does not impose on the non-custodial parent or on others who are in similar situations. I turn now to the arguments which are raised against this conclusion. The first argument, adopted by Gonthier J., is that it is wrong to focus the analysis on the individual's tax treatment and that one should consider the fractured family as a unit for taxation purposes. The second argument, adopted by Gonthier J. and by Cory and Iacobucci JJ., is that there is no inequality if one takes into account the impact of the family law regime on the tax scheme.

With respect to the first argument, Gonthier J. suggests that it is wrong to focus on a comparison of the position of the custodial or non-custodial spouse. This, he contends, distorts the analysis by isolating the component parts of a single system.

lité. Là encore, la loi traite différemment le parent gardien séparé ou divorcé et le parent gardien veuf. On peut faire valoir que le traitement fiscal différent résulte du fait que la somme dont hérite l'enfant fait directement partie de son patrimoine (bien que le parent survivant l'administre), alors que la pension alimentaire versée au parent gardien pour le bénéfice exclusif de l'enfant non seulement est administrée par le parent gardien, mais fait partie du patrimoine de ce dernier — en bref que la distinction est fondée non pas sur le statut de la personne qui reçoit la pension alimentaire, mais sur la nature de la somme versée. Toutefois, cette distinction juridique technique doit céder le pas à la réalité. La pension alimentaire versée au parent gardien séparé ou divorcé pour les enfants est versée au bénéfice exclusif des enfants. Même si le parent gardien n'est pas assujéti à l'obligation de rendre des comptes, les sommes versées sont destinées entièrement à satisfaire les besoins des enfants. Que dans un cas, le parent gardien qui détient les biens soit assujéti à des obligations fiduciaires, alors que, dans l'autre, il est assujéti aux réalités quotidiennes de la garde et du soin des enfants, ne justifie pas l'imposition d'un fardeau fiscal supplémentaire dans un cas mais pas dans l'autre.

Je conclus donc que le régime déduction/inclusion impose un fardeau au parent gardien qu'il n'impose pas au parent non gardien ni aux autres personnes se trouvant dans une situation similaire. J'aborde maintenant les deux arguments soulevés à l'encontre d'une telle conclusion. Le premier argument, adopté par le juge Gonthier, consiste à dire que c'est une erreur d'axer l'analyse sur le traitement fiscal de chaque personne et qu'il faut considérer la famille séparée comme une unité aux fins fiscales. Le deuxième argument, adopté également par le juge Gonthier ainsi que par les juges Cory et Iacobucci, consiste à dire qu'il n'y a pas d'inégalité si on tient compte des incidences du droit de la famille sur le régime fiscal.

En ce qui concerne le premier argument, le juge Gonthier indique qu'il est erroné de se fonder sur une comparaison entre la situation du parent gardien et celle du parent non gardien car l'analyse est faussée, selon lui, lorsqu'on isole les composantes

He argues that the equality analysis must focus on the couple, rather than the individuals who were once members of the couple. With respect, I cannot accept this position.

189 First, to compare the position of the custodial and non-custodial parent does not, as Gonthier J. suggests, take the matter out of context. Rather, it focuses on the interaction between the various components of the deduction/inclusion scheme. This is to place the analysis in its context and to make a comparison which takes into account the actual situation of the parties affected by the deduction/inclusion scheme.

190 Second, s. 15(1) is designed to protect individuals from unequal treatment. Its opening words state: “Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and benefit of the law” (emphasis added). Where unequal treatment of one individual as compared with another is established, it is no answer to the inequality to say that a social unit of which the individual is a member has, viewed globally, been fairly treated.

191 It is true, as Cory and Iacobucci JJ. suggest, that former spouses who are parents of the same children have a joint obligation toward the latter and so may theoretically be regarded as members of a single entity, despite the breakup of the family unit. It can be seen, however, that in practical terms the former spouses conduct their everyday lives much more as individuals than as a couple. As proof of this, Ms. Thibaudeau had to pay part of the additional tax resulting from the inclusion requirement (\$2,505) out of her own income and resources. Her ex-husband made no contribution to these costs and the law did not require him to make any.

192 The fact that the deduction/inclusion scheme does not impose prejudicial treatment on the majority of divorced or separated couples as compared with other couples — and even confers a benefit on them in 67 percent of cases (affidavit of

d’un régime unique. Il soutient que l’analyse de l’égalité doit être centrée sur le couple plutôt que sur les personnes qui en faisaient partie auparavant. En toute déférence, je ne peux souscrire à cette opinion.

D’abord, comparer la situation du parent gardien à celle du parent non gardien ce n’est pas, comme le juge Gonthier le laisse entendre, extraire la question de son contexte. Au contraire, cela permet d’étudier l’interaction des diverses composantes du régime déduction/inclusion et de situer l’analyse dans un contexte permettant une comparaison fondée sur la situation véritable des parties touchées par ce régime.

Ensuite, le par. 15(1) offre une protection individuelle contre les traitements inégaux: «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» (je souligne). Lorsqu’il est démontré qu’un individu est l’objet d’un traitement inégal par rapport à un autre, on ne peut nier l’inégalité en répondant que, globalement, l’unité sociale dont il fait partie a été traitée équitablement.

Il est vrai, comme le soulignent les juges Cory et Iacobucci, que les ex-conjoints qui sont les parents des mêmes enfants ont une obligation commune à l’égard de ces derniers et peuvent, en conséquence, être conceptuellement considérés comme membres d’une même entité malgré la dislocation de la cellule familiale. On reconnaîtra cependant que, sur le plan pratique, les ex-conjoints vivent les réalités courantes beaucoup plus en tant qu’individus qu’en tant que couple. À preuve, M^{me} Thibaudeau a dû payer sur ses propres revenus et ressources une partie de l’impôt supplémentaire occasionné par l’obligation d’inclusion (2 505 \$). Son ex-époux n’a aucunement contribué à défrayer ces coûts et la loi ne l’y obligeait en rien.

En somme, le fait que l’ensemble du régime déduction/inclusion n’impose aucun traitement préjudiciable à la majorité des couples divorcés ou séparés par rapport aux autres couples — et constitue même un avantage pour eux dans 67 pour 100

Nathalie Martel, an economist in the Personal Income Tax Division of the federal Department of Finance, February 1, 1994, para. 21) — is no bar to concluding that that same system imposes prejudicial treatment within the couple by imposing on one of its members a burden not imposed on the other. Here, s. 56(1)(b) ITA imposes on one member of the separated or divorced couple a burden which does not affect the other member of that couple. The fact that no disadvantage results for the couple as a whole in most cases is no bar to concluding that the provision imposes prejudicial treatment on one of its members, the custodial parent.

Even if the legislation is viewed from the perspective of the couple, it works significant inequality. Under the deduction/inclusion scheme, the higher the non-custodial parent's marginal tax rate is above that of the custodial parent, the greater is the overall tax benefit. Accordingly, when the custodial parent and the non-custodial parent are taxed at the same marginal tax rate, the tax benefit is nil. On the other hand, when the custodial parent's marginal tax rate is greater than that of the non-custodial parent, there is an adverse tax impact since the deduction/inclusion scheme has the effect of increasing the total tax paid by both parents. The result of this is that the deduction/inclusion scheme leads to tax savings for both parents together in about 67 percent of cases, adversely affects separated or divorced couples in about 29 percent of cases and has neutral effects in about 4 percent of cases (affidavit of Nathalie Martel, February 1, 1994, para. 21). From the outset, the deduction/inclusion scheme imposes prejudicial treatment on separated or divorced couples in about 30 percent of cases.

The total federal income tax saved by separated parents in 1991 as a result of income splitting under the deduction/inclusion scheme is estimated at \$203 million (affidavit of Nathalie Martel, June 30, 1994). But this global saving provides no defence to the charge of inequality. The problem is that the overall context in which this scheme is

des cas (affidavit de Nathalie Martel, économiste à la division de l'impôt des particuliers du ministère des Finances du Canada, 1^{er} février 1994, au par. 21) — n'empêche absolument pas de conclure que ce même régime crée un traitement préjudiciable au sein même du couple en imposant à l'un de ses membres un fardeau non imposé à l'autre. Ici, l'al. 56(1)b) LIR impose à un membre du couple séparé ou divorcé un fardeau qui ne pèse pas sur l'autre membre de ce même couple. Le fait qu'il n'en résulte pas un désavantage pour l'ensemble du couple dans la plupart des cas n'empêche pas de conclure que cette disposition impose un traitement préjudiciable à un de ses membres, le parent gardien.

Même dans la perspective du couple, la loi engendre une inégalité importante. Suivant le régime déduction/inclusion, plus le taux marginal d'imposition du parent non gardien est supérieur à celui du parent gardien, plus l'avantage fiscal global est important. Lorsque le parent gardien et le parent non gardien sont imposés suivant le même taux marginal d'imposition, l'avantage fiscal est nul. Par contre, lorsque le taux marginal d'imposition du parent gardien est supérieur à celui du parent non gardien, l'incidence fiscale est défavorable puisque le régime déduction/inclusion a pour effet d'augmenter le total des impôts payés par les deux parents. Tout ceci a pour résultat que le régime déduction/inclusion entraîne des économies d'impôt pour l'ensemble des deux parents dans environ 67 pour 100 des cas, désavantage les couples séparés ou divorcés dans environ 29 pour 100 des cas et a des effets neutres dans environ 4 pour 100 des cas (affidavit de Nathalie Martel, 1^{er} février 1994, au par. 21). Le régime déduction/inclusion impose donc, dès le départ, un traitement préjudiciable aux couples séparés ou divorcés dans environ 30 pour 100 des cas.

On évalue à 203 millions de dollars le total de l'impôt fédéral sur le revenu économisé en 1991 par les parents séparés grâce au fractionnement du revenu effectué par le régime déduction/inclusion (affidavit de Nathalie Martel, 30 juin 1994). Toutefois, cette économie globale ne justifie en rien l'inégalité alléguée. Le problème réside dans le fait

193

194

applied does not require, and in some cases prevents, an equitable division of this tax benefit between the separated or divorced parents. In many cases in which a tax benefit results from the application of the deduction/inclusion scheme, the benefit is not passed on to the custodial parent or the children and remains in the possession of the non-custodial parent (Report of the Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee, *supra*, at p. 91). The legislation contains nothing to encourage an equitable division between family members of any benefits that may result from tax savings granted to the non-custodial parent by means of the deduction. For example, neither the ITA nor the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.) (which replaced R.S.C. 1970, c. D-8), requires the non-custodial parent to share with his former spouse and/or the children the tax savings resulting from the deduction he is allowed. The prejudicial treatment of the custodial parent as compared with the non-custodial parent could scarcely be clearer.

que le contexte général dans lequel s'inscrit l'application de ce régime n'exige pas, et empêche même dans certains cas, un partage équitable de cet avantage fiscal entre les parents séparés ou divorcés. Dans bien des cas où un avantage fiscal découle de l'application du régime déduction/inclusion, l'avantage n'est pas transmis au parent gardien ou aux enfants et demeure l'apanage du parent non gardien (rapport du Comité fédéral/provincial/territorial sur le droit de la famille, *op. cit.*, à la p. 102). La loi ne prévoit aucune mesure pour favoriser une répartition équitable, entre les membres de la famille, des avantages pouvant résulter de l'économie d'impôts accordée au parent non gardien par le biais de la déduction. Par exemple, ni la LIR ni la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.) (qui a remplacé S.R.C. 1970, ch. D-8), n'obligent le parent non gardien à partager avec son ex-conjoint ou les enfants, les économies d'impôt résultant de la déduction autorisée. Le traitement préjudiciable du parent gardien par rapport au parent non gardien ne pourrait être plus évident.

195 I conclude that the argument that the question of equality must be viewed from the perspective of the couple rather than the individual overlooks individual inequalities which s. 15 of the *Charter* is designed to redress; and that even if the matter is viewed from the standpoint of the couple, unequal treatment is demonstrated.

Je conclus que l'argument selon lequel la question de l'égalité doit être étudiée dans la perspective du couple plutôt que dans une perspective individuelle ne tient pas compte des inégalités individuelles interdites par l'art. 15 de la *Charte*. En outre, même si la question est envisagée sous l'angle du couple, l'existence du traitement inégal a été démontrée.

196 Gonthier J., as well as Cory and Iacobucci JJ., argue that the family law regime rectifies the inequality that the legislation creates between custodial and non-custodial parents by allowing the amount of the child support to be adjusted to offset the additional tax burden on the custodial parent. I agree that the s. 15 equality analysis must take into account the rules of family law. I cannot accept, however, the conclusion that the family law regime neutralizes the effects of the inequality created by the deduction/inclusion scheme.

Le juge Gonthier, de même que les juges Cory et Iacobucci, affirme que le régime légal du droit de la famille rectifie l'inégalité créée par la loi entre le parent gardien et le parent non gardien puisqu'il permet d'ajuster le montant de la pension alimentaire des enfants pour compenser la charge fiscale supplémentaire imposée au parent gardien. Je conviens avec eux qu'une analyse en vertu de l'art. 15 de la *Charte* doit tenir compte des règles du droit familial. Je ne peux cependant accepter la conclusion que le droit de la famille neutralise les effets de l'inégalité créée par le régime déduction/inclusion.

The evidence indicates that in practice the family law regime does not and cannot succeed in rectifying the inequality created by the deduction/inclusion scheme. Tax impact is not always considered by the courts and, when it is, the adjustment is often insufficient to cover the additional tax which the custodial parent must pay as a result of being subject to the deduction/inclusion scheme. A survey of 147 judges conducted by Judge R. James Williams of the Nova Scotia Family Court in 1990 indicates that only a minority of counsel present evidence to the court on the tax impact of the child support and that a majority of judges do not calculate the tax consequences if no evidence is presented to them in this connection (Report of the Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee, *supra*, at p. 90, n. 52). The fact that the custodial parent can appeal a judgment which does not adequately take the tax impact into account or apply to the court to increase child support when new circumstances increase the additional tax burden she must bear as a result of including child support in her taxable income, does not answer these practical problems. I cannot accept that the legality of the system is preserved by the existence of corrective mechanisms which, in addition to being illusory, place on the shoulders of one individual — the custodial parent — the psychological and economic burdens inherent in implementing them.

Even when the court considers the tax consequences, complete compensation for the additional tax burden on the recipient is far from certain. Leaving aside the question of the complexity of the calculations required, one cannot ignore the fact that the amount of child support has to be determined in light of several factors — including the child's interests and the duty of both parents to contribute to their children's support in proportion to their means — and leaves room for the exercise of a very wide discretionary judicial power. This precludes complete neutralization of the negative effects that may result from the inclusion requirement provided for in s. 56(1)(b) ITA (Report of the

La preuve indique qu'en pratique, le droit familial ne parvient pas et ne peut parvenir à rectifier l'inégalité créée par le régime déduction/inclusion. L'incidence fiscale n'est pas toujours considérée par les tribunaux et, lorsqu'elle l'est, l'ajustement est rarement suffisant pour couvrir l'impôt additionnel que le parent gardien doit payer en raison du régime déduction/inclusion. Un sondage effectué en 1990 auprès de 147 juges par le juge R. James Williams du Tribunal de la famille de Nouvelle-Écosse indique que seule une minorité d'avocats présentent une preuve au tribunal sur l'incidence fiscale de la pension alimentaire et que la majorité des juges ne calculent pas l'incidence fiscale si aucune preuve ne leur est soumise à cet égard (rapport du Comité fédéral/provincial/territorial sur le droit de la famille, *op. cit.*, à la p. 101, note 52). La possibilité pour le parent gardien de faire appel du jugement qui ne tient pas compte adéquatement de l'incidence fiscale, ou de s'adresser au tribunal pour obtenir une augmentation du montant de la pension alimentaire des enfants lorsque de nouvelles circonstances augmentent le fardeau fiscal supplémentaire qu'il doit assumer en raison de l'inclusion de la pension dans son revenu imposable, n'apporte pas de réponse à ces problèmes pratiques. Je ne peux accepter que la légalité du système soit sauvegardée par l'existence de mécanismes correctifs qui, en plus d'être illusoire, font reposer sur les épaules d'une seule personne — le parent gardien — les fardeaux psychologique et économique inhérents à leur mise en œuvre.

Même lorsque le tribunal considère l'incidence fiscale, la pleine compensation du fardeau fiscal additionnel de celui qui reçoit la pension est loin d'être certaine. Sans compter la complexité des calculs nécessaires, on ne saurait négliger le fait que le montant des ordonnances alimentaires au profit des enfants doit être fixé en fonction de plusieurs facteurs — dont l'intérêt de l'enfant et l'obligation des deux parents de contribuer aux besoins de leurs enfants en proportion de leurs moyens — et laisse place à l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire très étendu. Ceci empêche certainement une pleine neutralisation des effets négatifs qui peuvent résulter de l'obligation

Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee, *supra*, at p. 91).

199

The actual situation of thousands of custodial parents in Canada belies the contention that the family law regime corrects the inequality created by the deduction/inclusion scheme within the couple. In *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, at pp. 719-25, L'Heureux-Dubé J. decried the inadequate compensation which the law often provides for the hidden costs associated with the custody of children. To the already difficult task on the custodial parent of proving the true cost to her of raising a child, s. 56(1)(b) ITA adds the additional burden of proving, for the present and the future, what the increase in her tax will be as a result of inclusion of child support in her income. It is contradictory to concede on the one hand that family law is able only with difficulty to divide the financial obligations pertaining to the children equally between the former spouses, and at the same time to assert that the same law is able to fully and adequately compensate for the increase in the tax burden which the inclusion requirement imposes on the custodial parent.

200

The same problems arise where child support is paid pursuant to an agreement between the parties, as opposed to a court order. Once again, full compensation for the additional tax burden imposed on the custodial parent is uncertain and contingent, while the deduction benefit for the non-custodial parent is automatic and absolute. Such agreements are often reached in an informal way and without professional advice. The custodial spouse is placed in the position of demonstrating to the non-custodial spouse the significance of the additional tax burden she must bear on account of the law's inclusion of child support in her taxable income. All this, taken in the emotional, personal and economic context in which such negotiations take place, has as a consequence that the custodial parent often fails to obtain sufficient compensation to indemnify her for the additional tax which the ITA imposes.

d'inclusion prévue à l'al. 56(1)b) LIR (rapport du Comité fédéral/provincial/territorial sur le droit de la famille, *op. cit.*, aux pp. 101 et 102).

La situation actuelle de milliers de parents gardiens au Canada dément l'affirmation suivant laquelle le régime de droit familial corrige l'inégalité créée au sein du couple par le régime déduction/inclusion. Dans *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, aux pp. 719 à 725, le juge L'Heureux-Dubé a dénoncé le fait que, souvent, le droit n'offre qu'une compensation inadéquate pour les coûts cachés de la garde des enfants. À la difficulté de prouver le coût réel relié à l'éducation et l'entretien des enfants, l'al. 56(1)b) LIR ajoute un fardeau additionnel important pour le parent gardien: il doit prouver, pour le présent et l'avenir, l'étendue exacte de l'augmentation de son fardeau fiscal qui résultera de l'obligation d'inclusion. Il serait contradictoire d'admettre, d'une part, que le droit familial ne parvient que difficilement à répartir également entre les ex-époux les obligations financières liées aux enfants, mais, en même temps d'affirmer qu'il compense adéquatement l'augmentation de la charge fiscale que l'obligation d'inclusion impose au parent gardien.

Les mêmes problèmes existent lorsque la pension alimentaire des enfants est versée en vertu d'un accord entre les parties, et non d'une ordonnance. Là encore, la pleine compensation du fardeau fiscal supplémentaire imposé au parent gardien est incertaine et aléatoire, alors que le bénéfice de déduction pour le payeur est automatique et absolu. Il ne faut pas oublier que ces ententes interviennent bien souvent dans un contexte très informel et en l'absence de professionnels. Il revient alors au parent gardien de démontrer au parent non gardien l'importance de la charge fiscale supplémentaire qu'il devra assumer en raison de l'inclusion de la pension alimentaire des enfants dans le calcul de son revenu imposable. Or, le contexte émotif, personnel et économique dans lequel ces négociations ont lieu permet de comprendre que le parent gardien obtient rarement une indemnité suffisante pour couvrir totalement l'impôt additionnel.

In the present case the judge who set the quantum of the child support expressly considered its tax consequences. Boudreault J. stated that a sum of \$900 to \$1,000 a month was necessary to maintain the children and thought it advisable to set the amount of child support at \$1,150 a month on account of the tax consequences of the latter for the recipient and the payer: *Thibaudeau v. Chainé*, Sup. Ct. Mtl., No. 500-12-151837-865, December 1, 1987. The adjustment made was inadequate, however forcing Ms. Thibaudeau to assume an additional federal tax burden of \$2,505 out of her own income for the 1989 taxation year: testimony of Jean-François Drouin. In short, the family law regime failed to rectify the inequality which the tax law imposed on Ms. Thibaudeau. Even if she were to seek a variation in child support, there is no assurance that the result would be full indemnity. Ms. Thibaudeau's case, far from isolated, negates the notion that the family law regime neutralizes the discriminatory impact of the tax law.

I conclude that the requirement of s. 56(1)(b) ITA that separated or divorced custodial parents include child support in their taxable income imposes obligations on separated or divorced custodial parents that do not apply to others in similar situations and denies benefits which the law accords to others. It denies the right of custodial parents to equal protection and benefit of the law. Unequal treatment under s. 15 is established.

This brings us to the second stage of the analysis under s. 15: an examination of the ground(s) of discrimination.

(b) *Does the Status of Separated or Divorced Custodial Parent Constitute an Analogous Ground Within the Meaning of Section 15 of*

Dans le cas qui nous occupe, le juge qui a fixé le montant de la pension alimentaire des enfants a considéré expressément son incidence fiscale. Le juge Boudreault a déclaré qu'une somme de 900 \$ à 1 000 \$ par mois était nécessaire pour subvenir aux besoins des enfants et a jugé bon de fixer le montant de la pension à 1 150 \$ par mois en raison de son incidence fiscale pour le parent gardien et le parent non gardien (*Thibaudeau c. Chainé*, C.S. Mtl., n° 500-12-151837-865, 1^{er} décembre 1987). Cependant, l'ajustement effectué était inadéquat et M^{me} Thibaudeau a dû assumer sur ses propres revenus une charge fiscale supplémentaire de 2 505 \$ au fédéral pour l'année fiscale 1989 (témoignage de M^e Jean-François Drouin). En bref, dans le cas de M^{me} Thibaudeau, le droit de la famille n'est pas arrivé à rectifier l'inégalité que la loi fiscale crée à son endroit. Même si elle devait chercher à obtenir une modification du montant de la pension alimentaire, il est loin d'être certain qu'elle réussirait à obtenir une indemnisation complète. Loin d'être isolé, le cas de M^{me} Thibaudeau contredit l'idée que le système de droit familial neutralise les effets discriminatoires de la loi fiscale.

Je conclus donc qu'en exigeant que les parents gardiens séparés ou divorcés incluent dans le calcul de leur revenu imposable la pension alimentaire des enfants, l'al. 56(1)(b) LIR impose aux parents gardiens séparés ou divorcés des obligations qui ne pèsent pas sur d'autres personnes dans des situations similaires et les prive d'avantages accordés à d'autres. Il nie aux parents gardiens le droit à la même protection ou au même bénéfice de la loi. L'existence d'une inégalité de traitement au sens de l'art. 15 de la *Charte* est démontrée.

Ceci nous amène à la seconde étape de la démarche requise par l'art. 15: l'examen du (des) motif(s) de discrimination.

b) *Le statut de parent gardien séparé ou divorcé est-il un motif analogue au sens de l'art. 15 de la Charte? Dans l'affirmative, la distinc-*

the Charter? If so, Is the Distinction Based on this Ground Discriminatory?

204 The ground on the basis of which the distinction is made here — the status of separated or divorced custodial parent — is not enumerated in s. 15 of the *Charter*. The question, therefore, is whether it constitutes an analogous ground of discrimination.

205 In *Miron v. Trudel*, *supra*, at p. 495, I explained that in order to decide whether a ground of discrimination is an analogous ground within the meaning of s. 15 of the *Charter*, it is essential to ask whether the characteristic on the basis of which the prejudicial distinction is made may be used to make irrelevant distinctions that are contrary to human dignity. The fact that the group in question has historically been disadvantaged, that it constitutes a discrete and insular minority, that the distinction is based on an immutable personal characteristic rather than on an individual's merit, capacities or circumstances, that the ground under consideration is similar to one of the enumerated grounds, or that the legislatures and the courts have recognized that distinctions based on the ground under consideration are discriminatory, are all factors which may help in deciding whether a ground of discrimination is an analogous ground for the purposes of s. 15 of the *Charter*.

206 Is the status of separated or divorced custodial parent an analogous ground within the meaning of s. 15 of the *Charter*? In my view it is.

207 First, the imposition of prejudicial treatment solely on the basis of this status may violate the dignity of an individual and his or her personal worth to a degree affecting the individual's personal, social or economic development. One's status *vis-à-vis* one's former spouse involves the individual's freedom to form family relationships and touches on matters so intrinsically human, personal and relational that a distinction based on this ground must often violate a person's dignity.

208 Second, separated or divorced custodial parents considered as a group have historically been sub-

tion fondée sur ce motif est-elle discriminatoire?

Le motif qui sous-tend ici la distinction — le statut de parent gardien séparé ou divorcé — n'est pas énuméré à l'art. 15 de la *Charte*. Il faut donc déterminer s'il constitue un motif analogue de discrimination.

Dans *Miron c. Trudel*, précité, à la p. 495, j'explique que, pour décider si un motif de discrimination est un motif analogue au sens de l'art. 15 de la *Charte*, il est essentiel de se demander si la caractéristique qui sous-tend la distinction préjudiciable peut servir à faire des distinctions non pertinentes et contraires à la dignité humaine. Le fait que le groupe visé ait été historiquement désavantagé, qu'il constitue une minorité discrète et isolée, que la distinction se fonde sur une caractéristique personnelle immuable plutôt que sur le mérite, les capacités ou la situation d'un individu, que le motif étudié se rapproche d'un des motifs énumérés, ou que le législateur et les tribunaux aient reconnu le caractère discriminatoire des distinctions fondées sur le motif étudié, sont autant d'éléments qui peuvent aider à décider si un motif de discrimination est un motif analogue aux fins de l'art. 15 de la *Charte*.

Le statut de parent gardien séparé ou divorcé constitue-t-il un motif analogue au sens de l'art. 15 de la *Charte*? À mon avis, oui.

Premièrement, l'imposition d'un traitement préjudiciable fondée uniquement sur le statut peut porter atteinte à la dignité d'un individu et à sa valeur personnelle dans une mesure qui risque d'affecter son développement personnel, social ou économique. Le statut d'une personne par rapport à celui de son ex-conjoint touche la liberté de l'individu à façonner ses relations familiales comme il l'entend et touche des éléments si intrinsèquement humains, personnels et relationnels qu'une distinction fondée sur ce motif peut souvent porter atteinte à la dignité d'une personne.

Deuxièmement, les parents gardiens séparés ou divorcés, en tant que groupe, ont historiquement

ject to disadvantageous treatment. The social opprobrium to which this group has been subjected over the years may have lessened with time. Nevertheless, even today evidence of disadvantage suffered by such persons is overwhelming. Separated or divorced custodial parents as heads of single-parent families confront economic, social and personal difficulties not faced by non-custodial parents or those in two-parent families. Several studies in Canada and abroad indicate that the standard of living of the custodial parent and the children is significantly reduced following a divorce, whereas the standard of living of the non-custodial parent increases following the divorce. (Canada, Department of Justice, Bureau of Review, *Evaluation of the Divorce Act — Phase II: Monitoring and Evaluation* (1990); E. D. Pask and M. L. McCall, eds., *How Much and Why? Economic Implications of Marriage Breakdown: Spousal and Child Support* (1989), at pp. 76-78; R. J. Williams, "Quantification of Child Support" (1989), 18 R.F.L. (3d) 234; J. B. McLindon, "Separate But Unequal: The Economic Disaster of Divorce for Women and Children" (1987), 21 *Fam. L.Q.* 351; M. Eichler, "The Limits of Family Law Reform or, The Privatization of Female and Child Poverty" (1991), 7 *C.F.L.Q.* 59, at p. 61; H. R. Wishik, "Economics of Divorce: An Exploratory Study" (1986), 20 *Fam. L.Q.* 79; R. E. Weston, "Changes in Household Income Circumstances", in P. McDonald, ed., *Settling Up: Property and Income Distribution on Divorce in Australia* (1986), 100; L. J. Weitzman, *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America* (1985); M. Maclean and J. M. Eekelaar, "The Economic Consequences of Divorce for Families with Children", in J. M. Eekelaar and S. N. Katz, eds., *The Resolution of Family Conflicts* (1984), 488; Canadian Institute for Research and the Steering Committee, *Matrimonial Support Failures: Reasons, Profiles and Perceptions of Individuals Involved* (1981); and D. L. Chambers, *Making Fathers Pay: The Enforcement of Child Support* (1979).)

Third, the special difficulties with which separated or divorced custodial parents must live and their minority position as compared with Canadian

été l'objet de traitements désavantageux. La réprobation sociale dont ce groupe a été victime au fil des ans s'est peut-être quelque peu estompée avec le temps. Cependant, la preuve des désavantages subis par ces personnes est, encore aujourd'hui, accablante. En tant que chefs de familles monoparentales, les parents gardiens séparés ou divorcés font face à des difficultés économiques, sociales et personnelles que ne connaissent pas les parents non gardiens ni les familles comportant deux parents. Plusieurs études canadiennes et étrangères indiquent que le niveau de vie du parent gardien et des enfants diminue de façon importante après un divorce alors que celui du parent non gardien augmente. (Ministère fédéral de la Justice, Bureau de l'examen, *Évaluation de la Loi sur le divorce — Étape II: Contrôle et évaluation* (1990); E. D. Pask et M. L. McCall, dir., *How Much and Why? Economic Implications of Marriage Breakdown: Spousal and Child Support* (1989), aux pp. 76 à 78; R. J. Williams, «Quantification of Child Support» (1989), 18 R.F.L. (3d) 234; J. B. McLindon, «Separate But Unequal: The Economic Disaster of Divorce for Women and Children» (1987), 21 *Fam. L.Q.* 351; M. Eichler, «The Limits of Family Law Reform or, The Privatization of Female and Child Poverty» (1991), 7 *C.F.L.Q.* 59, à la p. 61; H. R. Wishik, «Economics of Divorce: An Exploratory Study» (1986), 20 *Fam. L.Q.* 79; R. E. Weston, «Changes in Household Income Circumstances», dans P. McDonald, dir., *Settling Up: Property and Income Distribution on Divorce in Australia* (1986), 100; L. J. Weitzman, *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America* (1985); M. Maclean et J. M. Eekelaar, «The Economic Consequences of Divorce for Families with Children», dans J. M. Eekelaar et S. N. Katz, dir., *The Resolution of Family Conflicts* (1984), 488; Canadian Institute for Research et le Steering Committee, *Matrimonial Support Failures: Reasons, Profiles and Perceptions of Individuals Involved* (1981); et D. L. Chambers, *Making Fathers Pay: The Enforcement of Child Support* (1979).)

Troisièmement, les difficultés particulières de la vie des parents gardiens séparés ou divorcés, de même que leur situation minoritaire par rapport à

families as a whole justifies viewing them as a discrete and insular minority. In 1991, 13 percent of families were headed by a single parent while in 87 percent of families the father and mother lived together with the children (La Novara, *supra*, at pp. 10 and 15). Single parents with custody thus constitute a minority. It is, moreover, a disadvantaged minority, confronted with social, personal and emotional challenges unique to its members.

l'ensemble des familles canadiennes, justifient de les reconnaître comme une minorité discrète et isolée. En 1991, 13 pour 100 des foyers familiaux étaient des familles monoparentales, alors que dans 87 pour 100 des foyers, les père et mère vivaient ensemble avec les enfants (La Novara, *op. cit.*, aux pp. 11 et 16). Les parents assumant seuls la garde sont donc une minorité en nombre, et de plus, une minorité défavorisée et confrontée à des difficultés sociales, personnelles et émotives qui leur sont propres.

210 Fourth, classification as a separated or divorced custodial parent may give rise to adverse distinctions on the basis of immutable personal characteristics, rather than on the merit and actual circumstances of a particular individual. The status of a divorced parent in respect of children of the dissolved marriage is, for all practical purposes, immutable. The remarriage of the custodial parent does not change the relationship with the children, and the parent still remains a "former spouse" in relation to the first marriage under the *Divorce Act*. Only if there is remarriage to the former spouse does the status of divorced parent disappear — a possibility so remote that it may safely be ignored. Moreover, the decision to separate or divorce is often far from free. The other party may leave the relationship against the will of the parent who remains with the children. Or the circumstances of the marriage may have left the custodial parent with little choice but to leave it.

Quatrièmement, l'appartenance à la catégorie des parents gardiens séparés ou divorcés peut donner lieu à des distinctions préjudiciables fondées sur des caractéristiques personnelles immuables, plutôt que sur le mérite et la situation véritable d'une personne. Le statut de parent divorcé à l'égard des enfants issus du mariage dissous est, à toutes fins pratiques, immuable. Le remariage du parent gardien ne change en rien le lien qui l'unit à ses enfants et ce parent demeure toujours un «ex-époux» quant au premier mariage, en vertu de la *Loi sur le divorce*. Seul un remariage avec l'ex-conjoint permet de faire disparaître le statut de parent divorcé — une éventualité assez rare pour être ignorée. En outre, la décision de se séparer ou de divorcer n'est pas une décision libre dans bien des cas. L'autre conjoint peut mettre fin à la relation contre la volonté du parent qui reste avec les enfants. Ou encore, les circonstances du mariage peuvent n'avoir laissé d'autre choix au parent gardien que d'y mettre fin.

211 Fifth, the status of separated or divorced custodial parents is linked to the enumerated ground of sex given that the great majority of the members of this group are women. In fact, in 1990 the courts awarded custody to women in 73.2 percent of divorce cases while custody was awarded to men in 12.3 percent of the cases and a joint custody order was made in 14.1 percent of the cases (La Novara, *supra*, at pp. 11 and 18).

Cinquièmement, le statut de parent gardien séparé ou divorcé est lié à un des motifs énumérés, le sexe, puisque la grande majorité des membres de ce groupe est constituée de femmes. En effet en 1990, les tribunaux ont attribué la garde des enfants à des femmes dans 73,2 pour 100 des cas de divorce, alors que la garde a été attribuée à des hommes dans 12,3 pour 100 des cas et qu'une ordonnance de garde conjointe a été rendue dans 14,1 pour 100 des cas (La Novara, *op. cit.*, aux pp. 11 et 18).

212 These considerations lead to a single conclusion: the status of separated or divorced custodial parent

Ces considérations mènent à une seule conclusion: le statut de parent gardien séparé ou divorcé

constitutes an analogous ground of discrimination within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*.

Unequal treatment by a law on an enumerated or analogous ground ordinarily suffices to establish that s. 56(1)(b) ITA constitutes discrimination and infringes the equality right guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*. The only exceptions are rare cases in which a distinction based on an enumerated or analogous ground does not lead to an infringement of s. 15(1) of the *Charter*: see my reasons in *Miron v. Trudel*, *supra*. This is not such a case. The distinction made here on the basis of the status of separated or divorced custodial parent runs directly counter to the values underlying s. 15(1). It increases the disadvantages already suffered by separated or divorced custodial parents based not on their merit or actual situation but solely and arbitrarily by reference to their membership in a group.

I conclude that a violation of s. 15(1) of the *Charter* is established. The remaining question is whether this infringement of s. 15(1) is justified by s. 1.

B. *Is the Infringement of Section 15 of the Charter by Section 56(1)(b) ITA Justified in a Free and Democratic Society?*

(1) Is the Objective Pursued of Sufficient Importance?

The speeches which appear in the Parliamentary debates of the period suggest that the deduction/inclusion scheme challenged by Ms. Thibaudeau was adopted in order to increase child support and ease the discharge of support obligations owed by the non-custodial spouse to his first and sometimes second family. Under the scheme introduced, this objective was to be achieved by reducing the tax burden of the fractured family as a unit. This in turn, was to be achieved by transferring the tax burden for child support from the non-custodial

constitue un motif analogue de discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*.

Le traitement inégal imposé par la loi et fondé sur un motif énuméré ou analogue suffit ordinairement à établir que l'al. 56(1)b) LIR donne lieu à une discrimination et viole le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte*. Les seules exceptions sont les rares cas où une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue ne donne pas lieu à une violation du par. 15(1) de la *Charte* (voir mes motifs dans *Miron c. Trudel*, précité). Ce n'est pas le cas en l'espèce. La distinction faite ici sur la base du statut de parent gardien séparé ou divorcé va directement à l'encontre des valeurs qui sous-tendent le par. 15(1). Elle renforce les désavantages que subissent déjà les parents gardiens séparés ou divorcés en se fondant non pas sur leur mérite ou leur situation véritables, mais en s'appuyant uniquement et arbitrairement sur leur appartenance à un groupe.

Je conclus que la violation du par. 15(1) de la *Charte* est établie. Il reste maintenant à examiner si cette violation du par. 15(1) est justifiée par l'article premier.

B. *La violation de l'art. 15 de la Charte par l'al. 56(1)b) LIR est-elle justifiée dans la cadre d'une société libre et démocratique?*

(1) L'objectif poursuivi est-il suffisamment important?

Suivant les discours qui se trouvent dans les débats parlementaires de l'époque, le régime déduction/inclusion contesté par M^{me} Thibaudeau semble avoir été adopté pour accroître la pension alimentaire des enfants et pour permettre aux parents non gardiens d'assumer plus facilement leurs obligations alimentaires à l'égard des membres de la première et parfois de la seconde famille établie par lui. Suivant le régime mis en place, la réalisation de cet objectif passe par une réduction du fardeau fiscal de l'ensemble de la famille démantelée, laquelle résulte du transfert du fardeau fiscal relatif à la pension alimentaire du conjoint non gardien au conjoint gardien (normale-

213

214

215

spouse to the custodial spouse who typically enjoyed a lower tax rate.

ment assujetti à un taux marginal d'imposition inférieur).

216 I pause to note here that the mechanism of the scheme introduced — a deduction for the non-custodial spouse with no assurance it would be passed on to the custodial spouse — casts doubt on the genuineness of this legislative objective. The practical operation of the scheme suggests that it was designed more to improve the non-custodial parent's situation than that of the custodial parent. This aspect will be considered more fully under the analysis of the reasonableness of and justification for the means chosen by Parliament to achieve its objective.

Je ne peux ici m'empêcher de souligner que le mécanisme même du régime mis en place — déduction pour le parent non gardien sans aucune assurance que le parent gardien pourra bénéficier de cet avantage fiscal — laisse planer un doute quant à l'authenticité de cet objectif législatif. Un examen du fonctionnement pratique du régime laisse croire qu'il vise davantage à améliorer la situation du parent non gardien que celle du parent gardien. Cet aspect sera étudié plus en détail dans le cadre de l'analyse du caractère raisonnable et justifié des moyens choisis par le Parlement pour réaliser son objectif.

217 This said, I am of the view that the objective of increasing the resources of the broken family as a unit in order to increase child support and ease the discharge of the non-custodial parent's obligations responds to social concerns of considerable importance. There is no question that the breaking up of the family unit tends to impoverish its members. Parliament is to be commended for attempting to offset or reduce that impoverishment. The legislative objective may without exaggeration be described as pressing and substantial.

Ceci dit, je crois que l'objectif d'augmenter les ressources de la famille démantelée dans son ensemble afin d'augmenter la pension alimentaire des enfants et de permettre aux parents non gardiens d'assumer plus facilement leurs obligations répond à des préoccupations sociales suffisamment importantes. Il ne fait aucun doute que le démantèlement de la famille tend à appauvrir ses membres. Il est fort louable que le législateur intervienne pour enrayer ou diminuer cet appauvrissement. Dans ce sens, l'objectif législatif peut être décrit comme un objectif urgent et réel.

(2) Are the Means Chosen Reasonable and Justified?

(2) Les moyens choisis sont-ils raisonnables et justifiés?

(a) *Rational Connection*

a) *Le lien rationnel*

218 I am prepared to accept that there is a rational connection between the means adopted by Parliament (taxation of child support in the hands of the parent who would ordinarily have a lower marginal tax rate, together with a deduction for the other parent) and the objective pursued (increasing the amount of child support and enabling the non-custodial parent to discharge his support obligations more readily). However, I view the correlation as tenuous.

Je suis prête à accepter qu'il existe un lien rationnel entre le moyen préconisé par le Parlement (imposition du montant de la pension alimentaire des enfants entre les mains du parent normalement assujetti à un taux marginal d'imposition inférieur, jumelée à une déduction pour l'autre) et l'objectif poursuivi (augmenter le montant des pensions alimentaires et permettre au parent non gardien d'assumer plus facilement ses obligations alimentaires). Je considère cependant que cette corrélation est ténue.

219 As indicated, the scheme introduced by Parliament was designed to improve the economic situa-

Comme je l'ai dit, ce régime instauré par le Parlement vise à améliorer la situation économique de

tion of each member of the broken family and any second family. The means adopted by the scheme which was introduced appears to ensure only that the economic situation of the broken family as a whole is improved. The choice of this means rests on the assumption that an improvement in the situation of one of the members of the broken family (and thus of the family viewed as a whole) necessarily implies an improvement in the situation of each of them. While an improvement in the economic situation of each family member implies an improvement in the economic situation of the family viewed as a whole, the reverse is not always true. This is an important distinction.

It is evident that the connection between the legislative objective and the means chosen exists more in theory than in practice. No specific measure was contemplated to ensure or even encourage any attainment of the legislative objective. Neither the ITA nor the *Divorce Act* requires a non-custodial parent to share the tax savings resulting from the deduction received or to proportionately increase the amount of the child support. The deduction/inclusion scheme appears to benefit only the person on whom the deduction is conferred, namely the non-custodial parent, and works to the disadvantage of the custodial parent, who must include an additional amount in computing her taxable income thereby increasing her tax burden. The appearance is borne out by the reality. In many cases, the tax benefit is not passed on to the custodial parent or the children and remains in the possession of the non-custodial parent (Report of the Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee, *supra*, at p. 91).

Having said that, I am not prepared to conclude that the impugned legislation entirely fails the rational connection test. Some connection may be argued for on the ground that the deduction/inclusion scheme reduces the tax burden of broken families as a whole in about 67 percent of cases (affidavit of Nathalie Martel, February 1, 1994, para. 21) and that the total federal tax saved by separated or divorced couples in 1991 as a result of the income splitting generated by the deduction/inclu-

chaque membre de la famille démantelée et de la seconde famille, le cas échéant. Or, le moyen préconisé par le régime mis en place ne semble assurer qu'une amélioration de la situation économique de l'ensemble de la famille démantelée. Par ce choix, on présume qu'une amélioration de la situation de l'un des membres de la famille démantelée et, incidemment, de la famille dans son ensemble entraîne nécessairement une amélioration de la situation de chacun de ses membres. L'amélioration de la situation économique de chaque membre redresse certainement la situation économique de l'ensemble de la famille, mais l'inverse n'est pas nécessairement vrai. Il s'agit là d'une nuance importante.

Il est évident que le lien entre l'objectif législatif et les moyens choisis relève plus de la théorie que de la pratique. En effet, aucune mesure concrète n'est envisagée pour assurer ou du moins favoriser quelque réalisation de l'objectif législatif. Ni la LIR, ni la *Loi sur le divorce* n'oblige le parent non gardien à partager les économies d'impôt résultant de la déduction dont il bénéficie ou à augmenter proportionnellement le montant de la pension alimentaire. Le régime déduction/inclusion n'avantage, à première vue, que la personne qui peut effectuer la déduction, soit le parent non gardien, et désavantage le parent gardien qui, lui, doit inclure une somme supplémentaire dans le calcul de son revenu imposable et voit augmenter son fardeau fiscal. Ces apparences reflètent bien la réalité. Dans bien des cas, le bénéfice fiscal n'est pas transmis au parent gardien ou aux enfants et demeure l'apanage du parent non gardien (rapport du Comité fédéral/provincial/territorial sur le droit de la famille, *op. cit.*, à la p. 102).

Ces remarques étant faites, je ne suis pas prête à conclure que la législation contestée ne satisfait pas du tout au critère du lien rationnel. On peut soutenir qu'il existe un certain lien puisque le régime déduction/inclusion réduit le fardeau fiscal de l'ensemble des familles démantelées dans environ 67 pour 100 des cas (affidavit de Nathalie Martel, 1^{er} février 1994, au par. 21) et qu'on évalue à 203 millions de dollars le total de l'impôt fédéral économisé en 1991 par les couples séparés ou

220

221

sion scheme is estimated at \$203 million (affidavit of Nathalie Martel, June 30, 1994).

222

Although the connection may seem somewhat theoretical to an individual penalized by the system, it cannot be said that it is entirely irrational to assume that by improving the financial situation of one of the members of the broken family, through giving him a tax deduction, the situation of all members of the fractured family may also be improved. Since the scheme brings about an immediate improvement in the financial situation of the parent whose contribution to maintaining the other members of the family is generally the greater, namely the non-custodial spouse, it becomes difficult to argue that the scheme is devoid of all logic. The fact that the mechanisms for dividing the tax saving are ineffective or even non-existent is deplorable, but that does not mean that there is no rational connection between the objective and the means.

(b) *Minimal Impairment*

223

The onus is on the party seeking to uphold the limitation to show on a balance of probabilities that the impugned law is a “reasonable limit [which] can be demonstrably justified in a free and democratic society”: *Oakes, supra*, at pp. 136-37; *Edwards Books, supra*, at p. 768; *Black, supra*, at p. 627; *Irwin Toy, supra*, at p. 986; and *Andrews, supra*, at p. 153. The question here is whether the Crown has discharged this burden in respect of the “minimal impairment” component of the s. 1 analysis. In other words, has the Crown demonstrated on a balance of probabilities that there were no other reasonable alternatives to the present system that were less intrusive of the right to equality guaranteed by the *Charter*, and by means of which the legislative objective could still have been achieved? A law should not be regarded as failing the minimal impairment requirement simply because it does not correspond exactly to the solution the Court would have adopted: *Edwards Books, supra*, at p. 795, and *Black, supra*, at p. 627. Parliament does not have to have chosen the least intrusive means of all to meet its objective. The fact that Parliament selected one of a range of

divorcés grâce au fractionnement du revenu créé par le régime déduction/inclusion (affidavit de Nathalie Martel, 30 juin 1994).

Bien que le lien puisse sembler un peu théorique pour celui qui est pénalisé par le système, on ne peut dire qu’il est totalement irrationnel de présumer qu’en améliorant la situation financière d’un des membres de la famille démantelée en le faisant bénéficier d’une déduction fiscale, on pourra du même coup améliorer la situation de tous ses membres. Puisque le régime améliore de façon immédiate la situation financière du parent dont la contribution à l’entretien des autres membres de la famille est généralement plus importante, à savoir le conjoint non gardien, il devient difficile de soutenir que le régime est dénué de toute logique. Le fait que les mécanismes de répartition de l’économie d’impôt soient inefficaces ou même inexistant est déplorable, mais on ne peut pas pour autant conclure à l’absence de lien rationnel entre l’objectif et les moyens.

b) *L’atteinte minimale*

Il appartient à la partie qui demande le maintien de la restriction prévue par la loi de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la règle de droit contestée constitue une limite «raisonnable» [. . .] dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique» (*Oakes*, précité, aux pp. 136 et 137; *Edwards Books*, précité, à la p. 768; *Black*, précité, à la p. 627; *Irwin Toy*, précité, à la p. 986; et *Andrews*, précité, à la p. 153). On doit donc ici se demander si l’appelante s’est acquittée de ce fardeau en ce qui a trait au volet «atteinte minimale» de l’analyse requise par l’article premier de la *Charte*. En d’autres termes, l’appelante a-t-elle réussi à démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu’il n’existe pas raisonnablement d’autres options moins attentatoires au droit à l’égalité garanti par la *Charte*, que ne l’est le système actuel, et qui permettraient d’atteindre l’objectif législatif poursuivi? Une loi ne doit pas être jugée comme ne satisfaisant pas à l’exigence d’atteinte minimale pour la simple raison qu’elle ne correspond pas exactement à la solution qui aurait été retenue par la Cour (*Edwards Books*, précité, à la

choices so as to impair the right or freedom protected by the *Charter* as little as possible will suffice to meet the minimal impairment test: *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, and *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933.

In my view, it is far from clear that Parliament chose an alternative which reasonably minimizes the impairment of the equality rights of Ms. Thibaudeau and persons in her situation. A range of alternatives less intrusive of the right to equality protected by the *Charter* may be readily envisaged: a deduction/non-inclusion scheme; taxation of the support in the hands of the child; complete abolition of the deduction/inclusion scheme; replacement of the deduction/inclusion scheme by tax credits; an optional deduction/inclusion scheme; and a progressive deduction/inclusion scheme. To consider only two of these, it appears that the alternatives of taxation in the hands of the child or an optional deduction/inclusion scheme would be much less intrusive of the right to equality guaranteed by the *Charter* than the method Parliament chose, while still achieving the legislative objective.

The alternative of taxation in the hands of the child offers a clear advantage in a significant number of cases since the income of children is frequently below the threshold at which a taxpayer is required to pay income tax (\$7,000 federally). The objective of enabling separated families to have more money at their disposal to provide for their needs could thus be attained in a greater number of cases without imposing on custodial parents a tax burden for child support from which they derive no personal benefit.

An optional deduction/inclusion scheme also appears attractive in that it would allow parents to avoid application of the scheme if it would have a detrimental effect. Restricting the deduction/inclu-

p. 795, et *Black*, précité, à la p. 627). Il n'est pas nécessaire que le législateur ait choisi le moyen le moins attentatoire entre tous pour atteindre son objectif. Le fait que le législateur ait choisi parmi la gamme des moyens de nature à porter aussi peu que possible atteinte au droit ou à la liberté protégés par la *Charte* suffit pour satisfaire au critère de l'atteinte minimale: *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, et *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

Selon moi, il est loin d'être évident ici que le législateur a choisi une alternative qui minimise d'une façon raisonnable l'atteinte au droit à l'égalité de M^{me} Thibaudeau et des personnes se trouvant dans sa situation. En effet, une panoplie d'autres systèmes moins attentatoires au droit à l'égalité protégé par la *Charte* pourraient être envisagés: un régime déduction/non-inclusion, l'imposition de la pension alimentaire entre les mains de l'enfant, la suppression complète du régime déduction/inclusion, le remplacement du régime déduction/inclusion par des crédits d'impôt, un régime déduction/inclusion optionnel ou un régime déduction/inclusion de nature progressive. Pour n'examiner que deux d'entre elles, il semble que les options de l'imposition entre les mains de l'enfant ou d'un régime déduction/inclusion optionnel seraient moins attentatoires au droit à l'égalité garanti par la *Charte* que la méthode choisie par le législateur et permettraient néanmoins d'atteindre l'objectif législatif poursuivi.

L'option de l'imposition entre les mains de l'enfant présenterait un net avantage dans un nombre important de cas puisque très souvent, les revenus des enfants sont inférieurs au niveau minimal pour l'assujettissement à l'impôt sur le revenu (7 000 \$ au fédéral). L'objectif de permettre aux familles séparées de jouir de sommes plus importantes pour subvenir à leurs besoins pourrait donc être atteint dans un plus grand nombre de cas sans imposer aux parents gardiens un fardeau fiscal à l'égard de pensions alimentaires dont ils ne tirent aucun avantage personnel.

L'option d'un régime déduction/inclusion optionnel me semble également intéressante. Il permettrait aux parents de s'y soustraire quand il aurait un effet préjudiciable à leur égard. En limi-

224

225

226

sion scheme to couples who have concluded a specific agreement to that effect, would promote adjustments of child support to offset the increased tax burden. Absent a specific agreement as to taxation, the rule of individual taxation would apply. The non-custodial parent would be taxed on his entire income, including child support. The adverse tax impact and the impairment of equality rights would thus be reduced.

227 These alternatives are mentioned only by way of illustration and are not intended as an exhaustive list of solutions that might be considered by Parliament to attain its valid objectives while complying with the requirements of the *Charter*. Not all are free from problems. However, it must be recalled that it is not up to this Court to “devise legislation that is constitutionally valid, or to pass on the validity of schemes which are not directly before it, or to consider what legislation might be the most desirable”: *Edwards Books, supra*, at p. 783. It is rather the function of Parliament to consider the range of available solutions in depth, to weigh the competing interests and to arrive at the solution it thinks is best within the range of options permitted by the *Charter*.

228 The existence of a panoply of less-intrusive alternatives available to Parliament to meet its objective of improving the economic situation of the members of broken families, leads me to conclude that the deduction/inclusion scheme does not impair the right to equality in a restrained and minimal fashion. It follows that the inequality imposed by s. 56(1)(b) ITA cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

229 Against this conclusion, it was argued that the tax credits provided by the ITA reduce the impairment to an acceptable minimum by attenuating any inequality which the inclusion requirement may work on the custodial parent. I accept that tax credits should be considered under s. 1: *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22. However, like

tant le régime déduction/inclusion aux couples qui ont conclu une entente spécifique à cet effet, on pourrait favoriser les ajustements de la pension alimentaire pour compenser l'accroissement du fardeau fiscal. En l'absence d'entente spécifique en matière d'impôt, le principe de la taxation individuelle s'appliquerait et le parent non gardien devrait payer l'impôt sur l'ensemble de son revenu, y compris la pension alimentaire. Les incidences fiscales défavorables et l'atteinte au droit à l'égalité seraient alors réduites.

Ces options ne sont mentionnées qu'à titre d'illustration et ne constituent pas une liste exhaustive des solutions qui pourraient être envisagées par le Parlement pour atteindre ses objectifs valides tout en respectant les exigences de la *Charte*. Elles ne sont pas toutes sans faille. Il faut cependant rappeler qu'il n'appartient pas à notre Cour de «concevoir une loi qui soit constitutionnellement valide, [ni] de se prononcer sur la validité de régimes dont elle n'est pas saisie directement, ni d'examiner quelles mesures législatives pourraient être les plus souhaitables» (*Edwards Books*, précité, à la p. 783). Il reviendra au législateur d'étudier en profondeur la gamme des solutions disponibles, de soupeser les divers intérêts en cause et d'arriver à la solution qu'il croit être la meilleure parmi l'éventail des options permises par la *Charte*.

Le fait qu'il existe une panoplie d'options moins attentatoires au droit à l'égalité qui permettraient au Parlement d'atteindre son objectif d'améliorer la situation des membres de la famille démantelée, m'amène à conclure que le régime déduction/inclusion ne porte pas atteinte le moins possible au droit à l'égalité. En conséquence, l'inégalité imposée par l'al. 56(1)(b) LIR n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

À l'encontre d'une telle conclusion, on a plaidé que les crédits d'impôt prévus par la LIR réduisent l'atteinte au droit à l'égalité à un niveau minimal acceptable en contribuant à minimiser l'inégalité que l'obligation d'inclusion peut engendrer pour le parent gardien. J'admets que l'impact des crédits d'impôt devrait être considéré au stade de l'article premier (*Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de*

Judge Garon in the Tax Court of Canada and the majority in the Federal Court of Appeal, I cannot accept the argument that the tax credits provided by the ITA reduce the inequality to the custodial parent to the required degree of minimal impairment.

I note that the tax credits for equivalent to married status (s. 118(1)(b) ITA), for dependants (s. 118(1)(d)) and for children (s. 122.2) essentially operate separately from the deduction/inclusion scheme. It is therefore difficult to argue that these provisions offset the inequality created by the deduction/inclusion scheme since the conditions under which the two systems apply are not the same.

However, my principal objection to this argument arises from the evidence presented at the trial. Quite apart from the fact that the increase in taxable income caused by the inclusion requirement may result in loss of entitlement to certain tax credits, Mr. Drouin's testimony clearly indicates that the amounts of the tax credits involved are frequently insufficient to offset the additional tax burden resulting from the inclusion requirement. After taking all available tax credits into account, he concluded that Ms. Thibaudeau was obliged to pay additional federal tax of \$3,705 for the 1989 taxation year, \$2,505 of which came out of her own income and resources.

These considerations lead me to conclude that s. 56(1)(b) fails the minimal impairment test. Other options which are more consistent with equality rights ought to have been considered by Parliament. While this is sufficient to dispose of the case, I shall briefly comment on the proportionality of the effects of the impugned legislation.

(c) *Proportionality of Effects*

In *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 889, Lamer C.J., writing for the majority, restated the proportionality of effects test as follows: "there must be a proportion-

l'emploi et de l'immigration), [1991] 2 R.C.S. 22). Toutefois, comme le juge Garon de la Cour canadienne de l'impôt et les juges de la majorité de la Cour d'appel fédérale, je ne peux accepter l'argument suivant lequel le jeu des divers crédits d'impôt prévus par la LIR amoindrit l'inégalité créée à l'égard du parent gardien et permet de satisfaire au critère de l'atteinte minimale.

Je remarque d'abord qu'essentiellement, les crédits d'impôt pour équivalent de personne mariée (al. 118(1)b) LIR), pour personne à charge (al. 118(1)d) et pour enfant (art. 122.2), fonctionnent distinctement du régime déduction/inclusion. Il est donc difficile de soutenir qu'ils corrigent l'inégalité créée par le régime déduction/inclusion parce que les conditions d'application des deux systèmes ne sont pas les mêmes.

Je crois cependant que la principale objection à l'argument se retrouve dans la preuve faite au procès. Sans compter le fait que l'augmentation du revenu imposable occasionnée par l'obligation d'inclusion peut entraîner la perte du droit à certains crédits d'impôt, le témoignage de M^e Drouin démontre clairement que le montant des crédits d'impôts est souvent insuffisant pour compenser le fardeau fiscal supplémentaire qui résulte de cette obligation. Après avoir tenu compte du jeu de tous les crédits d'impôt dans ses calculs, il a conclu que M^{me} Thibaudeau devait assumer une charge fiscale supplémentaire de 3 705 \$ au fédéral pour l'année fiscale 1989, dont 2 505 \$ sur ses propres revenus et ressources.

Toutes ces remarques m'amènent à conclure que l'al. 56(1)(b) ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale. Le législateur aurait dû considérer d'autres options plus respectueuses des droits à l'égalité. L'analyse pourrait se terminer ici, mais je me permets quelques commentaires sur la proportionnalité des effets de la législation en cause.

c) *La proportionnalité des effets*

Dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 889, le juge en chef Lamer, écrivant pour la majorité, reformule le critère de la proportionnalité des effets comme suit: «il doit y

230

231

232

233

ality between the deleterious effects of the measures which are responsible for limiting the rights or freedoms in question and the objective, and there must be a proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measures" (emphasis in original). I am of the view that the proportionality of effects test is not met in the case at bar.

avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et l'objectif, et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques» (souligné dans l'original). Je suis d'avis qu'ici, le critère de la proportionnalité des effets n'est pas respecté en l'espèce.

234 As discussed earlier, the deduction/inclusion scheme produces tax savings for the broken family as a whole in approximately 70 percent of cases, leaving an adverse tax impact in approximately 30 percent of cases. Thus, the scheme disadvantages approximately 30 percent of the families it affects. Many custodial parents may suffer as a consequence of this disadvantage. In addition, they may suffer from the added disadvantage of being required to include child support in their personal income for tax purposes. An adverse tax impact for the custodial parent and the children may thus occur in more than 30 percent of cases.

Nous l'avons vu précédemment, le régime déduction/inclusion procure des économies d'impôt à l'ensemble de la famille démantelée dans environ 70 pour 100 des cas, et a des incidences fiscales défavorables dans 30 pour 100 des cas. Le régime déduction/inclusion désavantage donc environ 30 pour 100 des familles qu'il touche. De nombreux parents gardiens en subissent les conséquences. De plus, ils risquent d'être pénalisés par l'obligation d'inclure le montant de la pension alimentaire de leurs enfants dans le calcul de leur revenu imposable. L'incidence fiscale défavorable pour le parent gardien et les enfants peut donc, en réalité, être supérieur à 30 pour 100.

235 Accepting that there is no perfect system, it seems apparent that the harmful effects of the deduction/inclusion scheme are disproportionate to the benefits it may produce. What is at stake is nothing less than the adequacy of a custodial parent's livelihood and that of the children living with her. The interest at stake is too essential to permit us to accept as proportionate an adverse tax impact in more than 30 percent of cases.

Même en acceptant qu'il n'existe pas de système parfait, il me semble que les effets néfastes engendrés par le régime déduction/inclusion ne sont pas proportionnés aux avantages qu'il peut entraîner. La suffisance des moyens de subsistance d'un parent gardien et des enfants avec qui il vit est ici en jeu. L'intérêt en cause est trop essentiel pour nous permettre d'accepter qu'une incidence fiscale défavorable dans plus de 30 pour 100 des cas respecte le critère de la proportionnalité.

236 The deduction/inclusion scheme exacerbates the significant financial difficulties encountered by custodial parents and children upon the breakup of the family. The evidence indicates that it is usually the custodial parent and the children who bear the brunt of the impoverishment caused by the breakup of the family unit (Canada, Department of Justice, Bureau of Review, *Evaluation of the Divorce Act — Phase II: Monitoring and Evaluation, supra*; Pask and McCall, *supra*, at pp. 76-78; Williams, *supra*; McLindon, *supra*; Eichler, *supra*, at p. 61; Wishik, *supra*; Weston, *supra*; Weitzman, *supra*; Maclean and Eekelaar, *supra*; Canadian Institute for Research and the Steering Committee,

Le régime déduction/inclusion exacerbe les importantes difficultés financières que rencontrent les parents gardiens et les enfants après l'éclatement de la famille. La preuve révèle que ce sont généralement le parent gardien et les enfants qui subissent la plus grande part de l'appauvrissement causé par le démantèlement de la cellule familiale (Ministère fédéral de la Justice, Bureau de l'examen, *Évaluation de la Loi sur le divorce — Étape II: Contrôle et évaluation, op. cit.*; Pask et McCall, *op. cit.*, aux pp. 76 à 78; Williams, *loc. cit.*; McLindon, *loc. cit.*; Eichler, *loc. cit.*, à la p. 61; Wishik, *loc. cit.*; Weston, *loc. cit.*; Weitzman, *op. cit.*; Maclean et Eekelaar, *loc. cit.*; Canadian Insti-

supra; and Chambers, *supra*). One study shows that in the first year after the divorce, the standard of living of women and children falls by 73 percent while that of men increases by 42 percent (Eichter, *supra*, at p. 61). Any attempt to break out of this cycle of poverty is discouraged by the fact that the higher the custodial parent's income, the greater the disadvantage suffered as a result of the inclusion in her income of child support.

I conclude that the requirement of proportionality between the deleterious effects of the scheme and the salutary consequences which it may potentially have is not satisfied.

C. Conclusion

Although the deduction/inclusion scheme is designed to improve the situation of the family upon divorce or separation and in many cases succeeds in achieving this objective, it does so at the cost of placing an unequal and unjustifiable tax burden on the shoulders of custodial parents like Ms. Thibaudeau. I conclude that the requirement of s. 56(1)(b) that child support be included in the custodial parent's income infringes the right to equality guaranteed by the *Charter* and that this infringement is not justified by s. 1.

(1) Remedy

A reading down of s. 56(1)(b) ITA to exclude child support payments appears appropriate. Since the issue in this Court turned essentially on s. 56(1)(b), the remedy must be limited to this provision, without ruling on the unconstitutionality of the deduction provision in s. 60(b) ITA.

This solution, while not perfect, is the best available to the Court. All available options present difficulties in one respect or another. Limiting the remedy to s. 56(1)(b) without dealing with its immediate counterpart, the deduction benefit under s. 60(b) may be seen as enshrining a misguided system which enhances inequalities within the

tute for Research et le Steering Committee, *op. cit.*; et Chambers, *op. cit.*). Une étude démontre que dans la première année du divorce, les femmes et les enfants connaissent une diminution de 73 pour 100 de leur niveau de vie, alors que les hommes connaissent une hausse de 42 pour 100 de leur (Eichter, *loc. cit.*, à la p. 61). Toute tentative de sortir du cercle de la pauvreté est contrée par le fait que plus le revenu du parent gardien est élevé, plus le désavantage résultant de l'inclusion de la pension alimentaire dans son revenu est important.

Ceci m'amène à conclure que l'exigence de proportionnalité entre les effets néfastes du régime et ses conséquences bénéfiques potentielles n'est pas satisfaite.

C. Conclusion

Bien que le régime déduction/inclusion vise à améliorer la situation de la famille démantelée par le divorce ou la séparation et réussisse à atteindre cet objectif dans beaucoup de cas, il le fait en plaçant un fardeau fiscal inégal et injustifié sur les épaules des parents gardiens se trouvant dans la situation de M^{me} Thibaudeau. Je conclus que l'al. 56(1)(b) viole le droit à l'égalité garanti par la *Charte* en obligeant le parent gardien à inclure la pension alimentaire dans son revenu et que cette violation n'est pas justifiée par l'article premier.

(1) La réparation

Une interprétation atténuée de l'al. 56(1)(b) LIR pour exclure les montants alimentaires destinés aux enfants semble être de mise ici. Puisque la contestation devant notre Cour a essentiellement porté sur l'al. 56(1)(b), il convient de limiter la réparation à cette disposition et de ne pas se prononcer sur la constitutionnalité du bénéfice de déduction de l'al. 60(b) LIR.

Bien qu'imparfaite, cette solution est la meilleure dont la Cour dispose. Les diverses options disponibles présentent toutes des difficultés à un égard ou à un autre. Limiter la réparation à l'al. 56(1)(b) sans aborder son pendant immédiat, le bénéfice de déduction de l'al. 60(b), peut être vu comme la consécration d'un régime malencontreux

237

238

239

240

couple itself. In a non-inclusion/deduction scheme the non-custodial parent could continue to claim a deduction for amounts he spends on child support. The custodial parent would clearly no longer have to pay tax on amounts paid by the non-custodial parent for the exclusive benefit of the children, but could not, unlike the non-custodial parent, deduct from taxable income amounts she herself spent on support of the children. A non-inclusion/deduction scheme also presents problems of tax equity for united families and may be criticized as subsidizing divorce. Also, the probable effect of an isolated finding that s. 56(1)(b) is unconstitutional is to deprive the government of larger sums of money than the present deduction/inclusion scheme: *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 713.

241 Notwithstanding these considerations, I am of the view that the remedy in this case must be limited to s. 56(1)(b). First, by extending the finding of unconstitutionality to s. 60(b) ITA, the Court would be ruling *ultra petita* since the parties did not seek a ruling on this provision and limited their claims to s. 56(1)(b).

242 Second, s. 60(b) plays no part in the computation of the custodial parent's taxable income or assessment. The inclusion requirement and deduction benefit operate independently of one another. Indeed, I have criticized the fact that there is no connection between these two mechanisms, with the result that one leads to enrichment of the non-custodial parent, while the other leads to impoverishment of the custodial parent, without the former having any obligation to pass the benefits derived from the system on to the latter. The two aspects of the deduction/inclusion scheme are therefore not intrinsically related — this is one of the scheme's problems — and it is not entirely incoherent to regard these two components as independent when deciding on the remedy to be granted.

243 Third, to declare s. 60(b) unconstitutional would be premature. Like the majority in the Federal

qui accentue les inégalités au sein même du couple. En effet, dans un régime non-inclusion/déduction, le parent non gardien pourrait, d'une part, continuer à réclamer une déduction à l'égard des sommes qu'il consacre à la pension alimentaire des enfants. Le parent gardien n'aurait plus à payer d'impôt sur les sommes versées par le parent non gardien pour le bénéfice exclusif des enfants, mais il ne pourrait pas, à la différence du parent non gardien, déduire de son revenu imposable les sommes qu'il consacre lui-même à l'entretien de ses enfants. Un régime non-inclusion/déduction pose aussi de sérieux problèmes au plan de l'équité fiscale à l'endroit des familles unies et risque d'être perçu comme une subvention au divorce. Au surplus, une déclaration d'inconstitutionnalité isolée de l'al. 56(1)(b) pourrait priver l'État de sommes plus importantes que le régime déduction/inclusion actuel (*Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 713).

Nonobstant ces considérations, je crois que la réparation devrait se limiter ici à l'al. 56(1)(b). Premièrement, en étendant la déclaration d'inconstitutionnalité à l'al. 60(b), la Cour statuerait *ultra petita* puisque les parties n'ont demandé aucune conclusion à l'égard de cette disposition et ont limité leurs demandes à l'al. 56(1)(b).

Deuxièmement, l'al. 60(b) ne joue aucun rôle dans le calcul du revenu imposable du parent gardien ou de sa cotisation. L'obligation d'inclusion et le bénéfice de déduction fonctionnent indépendamment l'un de l'autre. J'ai d'ailleurs dénoncé le fait que l'absence de liens entre ces deux mécanismes a pour résultat que l'un entraîne l'enrichissement du parent non gardien, alors que l'autre entraîne l'appauvrissement du parent gardien, et ce, sans que le premier ait quelque obligation de faire bénéficier le second des bienfaits qu'il tire du système. Les deux facettes du régime déduction/inclusion ne sont donc pas intrinsèquement liées — c'est là un des problèmes du régime — et il n'est pas totalement incohérent de considérer ces deux composantes comme étant indépendantes au moment de décider du remède à accorder.

Troisièmement, il serait précipité de déclarer l'al. 60(b) inconstitutionnel. À l'instar de la majo-

Court of Appeal, I would emphasize the fact that the issue in this Court related only to the inclusion requirement. Evidence as to s. 60(b) ITA was not before the Court. In these circumstances, the Court should not rule on its constitutionality.

Fourth, to declare s. 60(b) unconstitutional at this point might cause practical problems. Persons paying child support, deprived of their deduction, might be expected to apply to the courts for a reduction of support obligations. It seems preferable in these circumstances to leave s. 60(b) in place pending Parliament's review of the entire system.

In order to permit Parliament the necessary time to review and amend the system, I would suspend the effect of the declaration of unconstitutionality for a period of 12 months from the date of this judgment. "A delayed declaration is a serious matter from the point of view of the enforcement of the *Charter*. A delayed declaration allows a state of affairs which has been found to violate standards embodied in the *Charter* to persist for a time despite the violation": Lamer C.J., speaking for the majority in *Schachter*, *supra*, at p. 716. A period of delay nevertheless seems to me to be necessary here to allow Parliament to develop new measures that will make it possible to alleviate the economic problems created by family breakup, while complying with the *Charter* and ensuring that the assistance directly benefits those whose situation is to be improved.

Given the circumstances of the present case and the considerable legal battle waged by Ms. Thibaudeau, I would not suspend the declaration of unconstitutionality as it applies to her.

(2) Disposition

For these reasons I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions raised as follows:

rité de la Cour d'appel fédérale, je juge important d'insister sur le fait que le litige devant nous ne portait que sur l'obligation d'inclusion. La Cour n'était pas saisie des éléments de preuve relatifs à l'al. 60b). Dans ces circonstances, notre Cour ne devrait pas statuer sur sa constitutionnalité.

Quatrièmement, déclarer maintenant l'inconstitutionnalité de l'al. 60b) pourrait susciter des problèmes sur le plan pratique. Il serait probable que, privés de la déduction, les débiteurs de pensions alimentaires s'adresseront aux tribunaux pour obtenir une réduction du montant de la pension. Il semble préférable, dans ces circonstances, de laisser en place l'al. 60b) en attendant que le Parlement ait révisé la totalité du régime.

Afin de permettre au Parlement de bénéficier d'une période suffisante pour réviser et amender le régime en place, je suspendrais l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité pour une période de 12 mois à compter de la date du présent jugement. «Une suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité est une question sérieuse du point de vue de l'application de la *Charte*, car on se trouve alors à permettre que se perpétue pendant un certain temps une situation qui a été jugée contraire aux principes consacrés par la *Charte*»: le juge en chef Lamer au nom de la majorité dans *Schachter*, précité, à la p. 716. Une période de suspension me semble tout de même nécessaire ici pour permettre au Parlement d'élaborer de nouvelles mesures qui permettront de pallier aux difficultés économiques créées par le démantèlement de la famille, tout en respectant les exigences de la *Charte* et en s'assurant que l'aide bénéficie directement aux personnes dont on veut améliorer la situation.

Je crois également approprié, vu les circonstances de cette affaire et l'importante bataille judiciaire menée par M^{me} Thibaudeau, de ne pas suspendre la déclaration d'inconstitutionnalité en ce qui la concerne.

(2) Le dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, de répondre comme suit aux questions constitutionnelles soulevées:

244

245

246

247

1. Does s. 56(1)(b) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, infringe the equality rights guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes, in so far as it applies to amounts paid between spouses or former spouses for child support.

2. If s. 56(1)(b) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, infringes the equality rights guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is it justified in the context of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

1. L'alinéa 56(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui, dans la mesure où il vise les montants versés entre époux ou ex-époux pour les pensions alimentaires des enfants.

2. Dans l'éventualité où l'al. 56(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, portait atteinte aux droits garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-il justifié dans le cadre de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

248

I would also suspend the effects of this declaration of unconstitutionality for a period of 12 months, except as regards the respondent; order the appellant to pay costs throughout, except costs relating to the class action brought; and refer the matter back to the Tax Court of Canada to be decided in accordance with this judgment.

Appeal allowed with costs to the respondent, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting.

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

Solicitors for the respondent: Bernier, Beaudry, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Ste-Foy.

Solicitors for the intervener SCOPE: Mary Eberts, Toronto; Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitor for the intervener the Coalition: B.C. Public Interest Advocacy Centre, Vancouver.

Je suis également d'avis de suspendre les effets de la présente déclaration d'inconstitutionnalité pour une période de 12 mois, sauf à l'égard de l'intimée, d'ordonner à l'appelante de payer les dépens devant toutes les cours, à l'exclusion des dépens afférents au recours collectif intenté; et de renvoyer l'affaire à la Cour canadienne de l'impôt pour qu'il en soit décidé en conformité avec le présent jugement.

Pourvoi accueilli avec dépens en faveur de l'intimée, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidentes.

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

Procureurs de l'intimée: Bernier, Beaudry, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Ste-Foy.

Procureurs de l'intervenant SCOPE: Mary Eberts, Toronto; Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Coalition: B.C. Public Interest Advocacy Centre, Vancouver.



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

En case 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, 1995 Vol. 2

5^e cahier, 1995 Vol. 2

Cited as [1995] 2 S.C.R. 737-927

Renvoi [1995] 2 R.C.S. 737-927

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
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1995.

CONTENTS

British Columbia (Milk Board) v. Grisnich 895

Administrative law — Subordinate legislation — Validity — Milk Board collecting levies on milk production pursuant to milk market sharing orders — Milk Board having provincial powers and delegated federal authority — Orders not specifying source of authority exercised — Whether orders invalid.

British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd. 739

Judicial review — Standard of review — Canadian Radio-television and Telecommunications Commission — Standard of review applicable to CRTC decision — Conflict between CRTC decision and that of labour arbitration board — Whether Federal Court of Appeal justified in interfering with CRTC decision.

Judicial review — Conflicting decisions of two administrative tribunals — Whether compliance with CRTC decision result-

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
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1995.

SOMMAIRE

British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd. 739

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes — Norme de contrôle applicable à une décision du CRTC — Conflit entre une décision du CRTC et celle d'un conseil d'arbitrage — La Cour d'appel fédérale était-elle justifiée d'intervenir dans la décision du CRTC?

Contrôle judiciaire — Décisions contradictoires de deux tribunaux administratifs — Le respect de la décision du CRTC entraîne-t-il la violation de la décision du conseil d'arbitrage? — Dans l'affirmative, laquelle des deux décisions contradictoires doit prévaloir?

Colombie-Britannique (Milk Board) c. Grisnich..... 895

Droit administratif — Législation déléguée — Validité — Milk Board percevant des droits sur la production laitière conformé-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

ing in violation of labour arbitration decision — If so, which of the two conflicting decisions should take precedence.

Crown Forest Industries Ltd. v. Canada 802

Income tax — International taxation — Withholding tax — Residency — Canada-U.S. tax treaty — Bahamian company operating in U.S. renting equipment to associated company in Canada — Whether or not company resident in U.S. so as to benefit from lower withholding tax — Canada-United States Tax Convention Act, 1984, S.C. 1984, c. 20, Schedule I (Convention between Canada and the United States of America with respect to Taxes on Income and on Capital (Canada-United States Income Tax Convention (1980)), Preamble, Articles I, IV, XII).

R. v. Crosby 912

Criminal law — Sexual assault — Evidence — Admissibility — Statements making reference, some only incidentally, to previous sexual activity — Counsel wishing to cross-examine on inconsistent statements made to police and on preliminary hearing to test credibility — Whether or not Criminal Code (s. 276) bar to admitting statements making reference to previous sexual activity applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 276.

R. v. Park..... 836

Criminal law — Sexual assault — Defence of honest but mistaken belief in consent — Trial judge refusing to put defence to jury — Accused's conviction overturned on appeal — Whether there was evidence to lend defence an "air of reality" — Nature and proper application of "air of reality" test — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 265(4).

R. v. Wade 737

Criminal law — Verdicts — Manslaughter — Trial judge correct in not leaving with jury manslaughter as available verdict.

Telecommunications Workers Union v. Canada (Radio-television and Telecommunications Commission) 781

Administrative law — Audi alteram partem — Failure to give notice — CRTC deciding who could perform installation work on telephone company's support structures — CRTC decision affecting rights of employees of telephone company — Whether CRTC exceeded its jurisdiction in failing to provide union with notice of CRTC hearing — National Telecommunications Powers and Procedures Act, R.S.C., 1985, c. N-20, ss. 66, 72, 74.

Vout v. Hay..... 876

Wills — Validity — Undue influence — Suspicious circumstances — Testator leaving bulk of estate to unrelated friend —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ment à des ordonnances de contingentement de la production laitière — Milk Board investi de pouvoirs provinciaux et de pouvoirs fédéraux délégués — Ordonnances ne précisant pas la source du pouvoir exercé — Les ordonnances étaient-elles invalides?

Crown Forest Industries Ltd. c. Canada 802

Impôt sur le revenu — Imposition internationale — Retenue d'impôt — Résidence — Traité Canada-États-Unis en matière d'impôts — Compagnie bahaméenne louant à partir des États-Unis de l'équipement à une compagnie associée exploitée au Canada — La compagnie est-elle résidente des États-Unis de manière à bénéficier d'une retenue d'impôt moindre? — Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts, S.C. 1984, ch. 20, annexe I (Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune (Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts (1980)), préambule, articles I, IV, XII).

R. c. Crosby 912

Droit criminel — Agression sexuelle — Preuve — Admissibilité — Déclarations faisant allusion, certaines de façon incidente seulement, à une activité sexuelle antérieure — Contre-interrogatoire sur les déclarations contradictoires faites à la police et à l'enquête préliminaire demandé par l'avocat pour apprécier la crédibilité — La disposition du Code criminel (art. 276) qui rend inadmissibles les déclarations faisant mention d'une activité sexuelle antérieure est-elle applicable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276.

R. c. Park..... 836

Droit criminel — Agression sexuelle — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Refus du juge du procès de soumettre le moyen de défense à l'appréciation du jury — Déclaration de culpabilité de l'accusé infirmée en appel — Y a-t-il une preuve qui confère une «vraisemblance» au moyen de défense? — Nature du test de la «vraisemblance» et façon dont il convient de l'appliquer — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(4).

R. c. Wade 737

Droit criminel — Verdicts — Homicide involontaire coupable — Aucune erreur commise par le juge du procès en ne laissant pas au jury la possibilité de rendre un verdict d'homicide involontaire.

Telecommunications Workers Union c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications) 781

Droit administratif — Audi alteram partem — Omission de donner avis — Décision du CRTC déterminant qui pouvait effectuer les travaux d'installation sur les structures de soutènement de la compagnie de téléphone — Droits des employés

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Family members contesting will, alleging undue influence — Will admitted into probate — Whether trial judge erred in application of doctrine of suspicious circumstances.

SOMMAIRE (Fin)

de la compagnie de téléphone compromis par la décision du CRTC — Le CRTC a-t-il excédé sa compétence en omettant d'aviser le syndicat de la tenue de son audience? — Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications, L.R.C. (1985), ch. N-20, art. 66, 72, 74.

Vout c. Hay..... 876

Testaments — Validité — Abus d'influence — Circonstances suspectes — Testateur léguant la majeure partie de ses biens à une amie n'ayant aucun lien de parenté avec lui — Contestation du testament par des membres de la famille qui allèguent l'existence d'un abus d'influence — Délivrance des lettres d'homologation du testament — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en appliquant la règle des circonstances suspectes?

William Wade *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. WADE

File No.: 24153.

1995: June 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Verdicts — Manslaughter — Trial judge correct in not leaving with jury manslaughter as available verdict.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 18 O.R. (3d) 33, 69 O.A.C. 321, 89 C.C.C. (3d) 39, 29 C.R. (4th) 327, allowing the accused's appeal, setting aside his conviction on a charge of second degree murder, and ordering a new trial limited to the question of whether the accused was guilty of second degree murder or manslaughter. Cross-appeal allowed, Lamer C.J. and Sopinka J. dissenting. Appeal dismissed.

*Brian H. Greenspan, William Hechter and Sharon E. Lavine, for the appellant.**Kenneth L. Campbell, for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — The Court, the Chief Justice and Justice Sopinka dissenting, is of the view that based on the totality of the evidence there was no error committed by the trial judge in not leaving with the jury manslaughter as an available verdict. Accordingly the cross-appeal is allowed, the Chief Justice and Sopinka J. dissenting, and the appeal is

William Wade *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. WADE

N° du greffe: 24153.

1995: 2 juin.

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

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

Droit criminel — Verdicts — Homicide involontaire coupable — Aucune erreur commise par le juge du procès en ne laissant pas au jury la possibilité de rendre un verdict d'homicide involontaire.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 18 O.R. (3d) 33, 69 O.A.C. 321, 89 C.C.C. (3d) 39, 29 C.R. (4th) 327, qui a accueilli l'appel de l'accusé, infirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre lui pour meurtre au second degré et ordonné la tenue d'un nouveau procès sur la seule question de savoir si l'accusé était coupable de meurtre au second degré ou d'homicide involontaire coupable. Pourvoi incident accueilli, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka sont dissidents. Pourvoi accueilli.

*Brian H. Greenspan, William Hechter et Sharon E. Lavine, pour l'appelant.**Kenneth L. Campbell, pour l'intimée.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — La Cour, le Juge en chef et le juge Sopinka étant dissidents, est d'avis, en se fondant sur l'ensemble de la preuve, que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en ne laissant pas au jury la possibilité de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable. En conséquence, le pourvoi incident est accueilli, le Juge en

dismissed, the order entered by the Court of Appeal is set aside and the conviction entered by the trial court is restored. The Chief Justice and Sopinka J., in dissent, agree with the Court of Appeal on this issue.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Greenspan, Humphrey, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

chef et le juge Sopinka étant dissidents, et le pourvoi est rejeté, l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée et la déclaration de culpabilité prononcée au procès est rétablie. Le Juge en chef et le juge Sopinka, dissidents, sont d'accord avec la Cour d'appel sur cette question.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Greenspan, Humphrey, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd. *Appellant*

and

**Canadian Radio-television and
Telecommunications Commission** *Appellant*

v.

**British Columbia Telephone
Company** *Respondent*

and

**Telecommunications Workers
Union** *Respondent*

INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA TELEPHONE CO. v. SHAW
CABLE SYSTEMS (B.C.) LTD.

File No.: 23717.

1995: January 23; 1995: June 22.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Judicial review — Standard of review — Canadian
Radio-television and Telecommunications Commission
— Standard of review applicable to CRTC decision —
Conflict between CRTC decision and that of labour
arbitration board — Whether Federal Court of Appeal
justified in interfering with CRTC decision.*

*Judicial review — Conflicting decisions of two
administrative tribunals — Whether compliance with
CRTC decision resulting in violation of labour arbitra-
tion decision — If so, which of the two conflicting deci-
sions should take precedence.*

Following a grievance by TWU, which represents BC
Tel employees, a labour arbitration board found that BC
Tel was in violation of its collective agreement with
TWU when it permitted cable companies to install
cables on BC Tel's support structure. The collective
agreement specifically provides that "[a]ny work having
to do with the maintenance, repair, alteration or con-
struction of the telephone plant shall be assigned to"

Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd. *Appelante*

et

**Conseil de la radiodiffusion et des
télécommunications canadiennes** *Appelant*

c.

**British Columbia Telephone
Company** *Intimée*

et

Telecommunications Workers Union *Intimé*

RÉPERTORIÉ: BRITISH COLUMBIA TELEPHONE CO. c. SHAW
CABLE SYSTEMS (B.C.) LTD.

N° du greffe: 23717.

1995: 23 janvier; 1995: 22 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Conseil
de la radiodiffusion et des télécommunications cana-
diennes — Norme de contrôle applicable à une décision
du CRTC — Conflit entre une décision du CRTC et celle
d'un conseil d'arbitrage — La Cour d'appel fédérale
était-elle justifiée d'intervenir dans la décision du
CRTC?*

*Contrôle judiciaire — Décisions contradictoires de
deux tribunaux administratifs — Le respect de la déci-
sion du CRTC entraîne-t-il la violation de la décision du
conseil d'arbitrage? — Dans l'affirmative, laquelle des
deux décisions contradictoires doit prévaloir?*

À la suite d'un grief déposé par le TWU, qui repré-
sente les employés de BC Tel, un conseil d'arbitrage a
conclu que BC Tel avait contrevenu à la convention col-
lective qui la lie au TWU lorsqu'elle a permis à des
entreprises de télédistribution d'installer des câbles sur
sa structure de soutènement. La convention collective
prévoit expressément que «[t]out travail ayant trait à
l'entretien, à la réparation, à la modification ou à la

TWU members. As a result of the labour arbitration decision, BC Tel submitted a revised support structure agreement to the CRTC for approval, indicating that it could no longer allow cable companies to install cables on its support structure. In response, Shaw Cable applied to the CRTC for a decision requiring BC Tel to permit Shaw or its contractors to install cables on BC Tel's support structure in accordance with the existing support structure agreement approved by the CRTC in 1980. In its decision, the CRTC noted that, pursuant to its statutory mandate to ensure that rates are just and reasonable and that they do not confer an undue preference, it had consistently found that cable companies had to have the option, on reasonable terms and conditions, to install their own cable facilities in or on BC Tel's support structure through contractors approved by the cable companies, and directed BC Tel to provide Shaw Cable with access to its support structure. On appeal, the Federal Court of Appeal set aside the CRTC decision. The court acknowledged the dilemma faced by BC Tel in that it could not comply with both its collective agreement, as interpreted by the labour arbitration board, and the decision of the CRTC. The court found that the determination of whether or not the particular work fell within the collective agreement was primarily an issue of labour relations, rather than the regulation of telephone tolls, and that the CRTC had exceeded its jurisdiction by requiring that BC Tel violate the terms of its collective agreement with TWU. The issue in this appeal is whether the Federal Court of Appeal was justified in interfering with the CRTC decision.

Held: The appeal should be allowed.

(1) *Standard of Review*

The CRTC is a specialized administrative tribunal which possesses considerable expertise over the subject matter of its jurisdiction. A specialized tribunal such as the CRTC, acting within its area of expertise and jurisdiction, is entitled to curial deference, even in the absence of a privative clause and the presence of a statutory right of appeal. On jurisdictional questions and questions of law outside its area of expertise, the CRTC's decisions are to be reviewed on a standard of correctness.

At the time of its decision, the CRTC clearly had the jurisdiction to require telephone companies to allow

construction d'installations téléphoniques est confié» aux membres du TWU. Par suite de la décision du conseil d'arbitrage, BC Tel a soumis un accord révisé à l'approbation du CRTC, l'avisant qu'elle ne pouvait plus permettre aux entreprises de télédistribution d'installer des câbles sur sa structure de soutènement. En réponse, Shaw Cable a demandé au CRTC de rendre une décision contraignant BC Tel à l'autoriser, elle ou ses entrepreneurs, à installer des câbles sur sa structure de soutènement conformément à l'accord relatif aux structures de soutènement existant, approuvé par le CRTC en 1980. Dans sa décision, le CRTC a signalé que, conformément au mandat que lui attribue la loi de veiller à ce que les tarifs soient justes et raisonnables et à ce qu'ils ne confèrent pas de préférence indue, il avait toujours jugé que les entreprises de télédistribution devaient avoir le choix, à des conditions raisonnables, d'installer leurs propres câbles sur la structure de soutènement de BC Tel en faisant appel à des entrepreneurs approuvés par l'entreprise de télédistribution, et a ordonné à BC Tel de donner à Shaw Cable l'accès à sa structure de soutènement. En appel, la Cour d'appel fédérale a infirmé la décision du CRTC. La cour a reconnu le dilemme devant lequel se trouvait BC Tel puisqu'elle ne pouvait respecter à la fois sa convention collective, de la façon dont elle a été interprétée par le conseil d'arbitrage, et la décision du CRTC. La cour a décidé que la question de savoir si un travail particulier est visé par la convention collective est davantage une question de relations du travail que de réglementation des taxes de téléphone, et que le CRTC a excédé sa compétence en exigeant de BC Tel qu'elle contrevienne aux dispositions de la convention collective conclue avec le TWU. La question en l'espèce est de savoir si la Cour d'appel fédérale était justifiée d'intervenir dans la décision du CRTC.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

(1) *Norme de contrôle*

Le CRTC est un tribunal administratif spécialisé qui possède une vaste expertise dans son domaine de compétence. Un tribunal spécialisé comme le CRTC, qui agit dans les limites de son champ d'expertise et de sa compétence, doit faire l'objet d'une retenue judiciaire même lorsqu'il n'existe pas de clause privative et que la loi prévoit un droit d'appel. En ce qui concerne les questions de compétence et les questions de droit étrangères à son expertise, les décisions du CRTC doivent être contrôlées suivant la norme de l'absence d'erreur.

À l'époque où il a rendu sa décision, le CRTC était manifestement habilité à exiger des compagnies de télé-

cable companies to use their support structure and, by virtue of ss. 335 and 340 of the *Railway Act*, to regulate the terms of support structure agreements between the telephone companies and cable companies. The CRTC also had jurisdiction to determine which company, the cable company or the telephone company, would be responsible for the installation of a cable company's facilities on the telephone company's support structure. This jurisdiction is a natural extension of the CRTC's jurisdiction to regulate tolls and tariffs under ss. 335 and 340. Indeed, the determination of who is responsible for the installation of the cable facilities is a necessary component of the regulation of the prices charged by the telephone companies for cable company access to their support structure. As well, such jurisdiction flows naturally from the CRTC's jurisdiction to require a telephone company to allow a cable company to use its support structure. It is difficult to contemplate permitting the CRTC to mandate cable company access to telephone company infrastructure and not allowing the CRTC to mandate the quality of such access. In any event, in reaching its decision, the CRTC found implicitly that the retention by BC Tel of an exclusive right to perform the installation work constituted an undue preference within the meaning of s. 340(2). The CRTC thus had the necessary jurisdiction to require that the telephone company permit the cable company to use its own contractors to perform the installation work. The determination of who is responsible for the installation work, while incidentally affecting labour relations, is not, in pith and substance, a matter of labour relations. Instead, it is an important component of the regulation of telephone companies which is within both the jurisdiction and the expertise of the CRTC. The CRTC is therefore entitled to curial deference by a court reviewing its decision through a statutory right of appeal. Since the CRTC decision was reasonable, absent the decision of the arbitration board it would have been inappropriate for the Federal Court of Appeal, applying the normal standard of review, to have interfered with the CRTC decision.

(2) *Operational Conflict*

Where administrative tribunals reach operationally conflicting decisions (i.e., where compliance with one necessitates violation of the other), it is the responsibil-

phone qu'elles permettent aux entreprises de télédistribution d'utiliser leur structure de soutènement et, en vertu des art. 335 et 340 de la *Loi sur les chemins de fer*, à réglementer les dispositions des accords qui régissent l'utilisation par les entreprises de télédistribution des structures de soutènement des compagnies de téléphone. Le CRTC était également compétent pour déterminer qui, de l'entreprise de télédistribution ou de la compagnie de téléphone, serait chargé de l'installation du matériel de l'entreprise de télédistribution sur la structure de soutènement de la compagnie de téléphone. Cette compétence est un prolongement naturel de la compétence du CRTC pour réglementer les taxes et les tarifs en vertu des art. 335 et 340. En fait, la question de savoir qui est chargé de l'installation des câbles est une composante essentielle de la réglementation des prix exigés par les compagnies de téléphone en contrepartie de l'accès à leur structure de soutènement accordé aux entreprises de télédistribution. De même, cette compétence découle inévitablement de la compétence du CRTC d'exiger qu'une compagnie de téléphone permette à une entreprise de télédistribution d'utiliser sa structure de soutènement. On peut difficilement envisager de permettre au CRTC de réglementer l'accès des entreprises de télédistribution à l'infrastructure des compagnies de téléphone sans lui permettre de réglementer la nature de cet accès. Quoi qu'il en soit, lorsqu'il a rendu sa décision, le CRTC a conclu implicitement que le fait pour BC Tel de se réserver le droit exclusif d'effectuer les travaux d'installation en question constituait une préférence indue au sens du par. 340(2). Pour cette raison, le CRTC avait la compétence nécessaire pour enjoindre à la compagnie de téléphone de permettre à l'entreprise de télédistribution de recourir à ses propres entrepreneurs pour effectuer l'installation. La question de savoir qui est chargé de l'installation, bien qu'elle se rapporte de façon incidente aux relations du travail, n'est pas, de par son caractère véritable, une question de relations du travail. Il s'agit plutôt d'un élément important de la réglementation des compagnies de téléphone qui relève tant de la compétence que de l'expertise du CRTC. Ce dernier doit donc bénéficier d'une retenue judiciaire de la part de la cour de justice qui contrôle sa décision conformément à un droit d'appel conféré par la loi. Puisque la décision du CRTC était raisonnable, il aurait été inopportun pour la Cour d'appel fédérale, appliquant la norme habituelle de contrôle, d'intervenir dans la décision du CRTC, en l'absence de la décision du conseil d'arbitrage.

(2) *Conflit opérationnel*

Lorsque deux tribunaux administratifs rendent des décisions qui sont en conflit opérationnel (c'est-à-dire que le respect de l'une emporte violation de l'autre), il

ity of the courts, exercising their inherent jurisdiction, to determine which of the two conflicting decisions should take precedence. To do so, a court must first ascertain whether either decision, absent the other, could be overturned applying the standard of review generally applicable to that decision. If, as here, both conflicting decisions would normally withstand an application for judicial review or an appeal, the remaining question is whether the courts should be willing to interfere in order to resolve the conflict. Where there is a true operational conflict, the courts must be willing to take some such action. In particular, the courts have jurisdiction to declare decisions of administrative tribunals inoperative to the extent that they are in operational conflict with decisions of other administrative tribunals. Such judicial action is consistent with legislative intent. Where the legislature creates two administrative tribunals which reach valid decisions that are in true operational conflict, the "presumption of legislative coherence" requires the courts to abandon policies of curial deference and attempt to reconcile the conflict. In those few cases where there is true operational conflict, the courts' jurisdiction to review the conflicting administrative decisions is not ousted by privative clauses. To determine which of the two conflicting decisions should take precedence, the courts should employ a "pragmatic and functional" approach and decide, in light of the policy scheme surrounding each of the administrative tribunals and the nature of each of the conflicting decisions, which of the decisions the legislature would have intended to take precedence. In making that decision, the courts should consider several factors, including the legislative purpose behind the establishment of each administrative tribunal, the extent to which an administrative tribunal's decision is central to the purpose of that tribunal, and the degree to which an administrative tribunal, in reaching a decision, is fulfilling a policy-making or policy implementation role.

(3) *Application to this Case*

Per Lamer C.J. and La Forest, Cory, McLachlin and Iacobucci J.J.: Operational conflict exists whenever two decisions of different administrative boards create a conflict which makes it impossible for a claimant to fulfil simultaneously its legal obligations, as defined by the respective boards. A claimant should be able to turn to the courts for clarification whenever conflicting decisions impose different legal obligations. The fact that

appartient aux cours de justice de déterminer, dans l'exercice de leur compétence inhérente, laquelle des deux décisions contradictoires doit prévaloir. Pour ce faire, la cour doit d'abord décider si l'une ou l'autre décision, prise isolément, pourrait être écartée si on appliquait la norme de contrôle généralement applicable à cette décision. Dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, les deux décisions contradictoires résisteraient normalement à une demande de contrôle judiciaire ou à un appel, il reste à savoir si les cours devraient être disposées à intervenir afin de résoudre le conflit. En présence d'un véritable conflit opérationnel, elles ne doivent pas hésiter à intervenir. En particulier, les cours sont habilitées à déclarer inopérantes les décisions rendues par des tribunaux administratifs dans la mesure où elles sont en conflit opérationnel avec les décisions rendues par d'autres tribunaux administratifs. Pareille mesure judiciaire est conforme à l'intention du législateur. Lorsque la législature crée deux tribunaux administratifs qui rendent des décisions valides qui sont en véritable conflit opérationnel, la «présomption de cohérence législative» requiert que les cours laissent tomber le principe de retenue judiciaire et tentent de résoudre le conflit. Dans les quelques cas où il existe une véritable incompatibilité opérationnelle, la compétence des tribunaux de contrôler les décisions administratives contradictoires n'est pas évincée par l'existence de clauses privatives. Pour déterminer laquelle des deux décisions contradictoires doit prévaloir, les cours devraient avoir recours à une analyse «pragmatique et fonctionnelle» et déterminer, à la lumière du cadre dans lequel fonctionne chacun des tribunaux administratifs et de la nature de chacune des décisions contradictoires, à quelle décision la législature aurait souhaité donner priorité. Pour rendre cette décision, les cours de justice devraient considérer différents facteurs, dont l'objectif législatif qui sous-tend la création de chacun des tribunaux administratifs, la mesure dans laquelle la décision d'un tribunal administratif est au cœur même de son objectif, et la mesure dans laquelle, lorsqu'il rend une décision, le tribunal administratif assume un rôle d'élaboration et de mise en œuvre d'une politique.

(3) *Application à l'espèce*

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Cory, McLachlin et Iacobucci: Il y a conflit opérationnel lorsque deux décisions rendues par des tribunaux administratifs différents créent une incompatibilité qui empêche un demandeur de s'acquitter simultanément de ses obligations légales, comme les définissent les tribunaux concernés. Un demandeur devrait pouvoir s'adresser aux cours de justice pour obtenir des précisions chaque

those obligations find their source in the collective agreement does not negate their enforceability. It is artificial to predicate the right to a ruling on which legal obligation prevails on the distinction between a mandatory order and an order which provides a different remedy. The orders of the CRTC and of the labour arbitration board in this case impose inconsistent legal obligations on BC Tel and it follows that it should be able to ask the courts which has priority. The CRTC's decision, being an expression of the broad policy-making role accorded to it by Parliament, should take precedence over the decision of the labour arbitration board to the extent of the inconsistency.

Per L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Major JJ.: The decisions of the CRTC and of the arbitration board are not in operational conflict. Compliance by BC Tel with the CRTC decision will not result in a violation of the labour arbitration decision *per se*. Instead, it will result in a violation of the collective agreement. The labour arbitration decision is merely an interpretation of the collective agreement. It does not require BC Tel to act in a particular way; it simply describes the manner in which BC Tel itself promised to act. Consequently, there is not an actual operational conflict justifying judicial intervention and it is therefore appropriate to let both the labour arbitration board's decision and that of the CRTC stand. However, had the decision of the CRTC and that of the labour arbitration board been in operational conflict, the CRTC's decision would have taken precedence over that of the arbitration board to the extent of the operational inconsistency. The CRTC, in requiring BC Tel to let cable companies install their own facilities on BC Tel's support structure, was implementing a policy decision, whereas the labour arbitration board was merely interpreting a private contract relating to the internal arrangements made by BC Tel to carry out the activities assigned to it. Where two equally valid decisions of administrative tribunals are in operational conflict, precedence must be given to the decision which represents an expression of one tribunal's policy-making function in circumstances where the other decision is a purely adjudicative decision concerning the interpretation of a private contract. The legislature, in establishing the two tribunals, could not have intended the opposite for this would effectively enable private parties to contract out of public policy obligations. A private party such as BC Tel should not be permitted, whether intentionally or not, to bypass, by means of a contract or a

fois que des décisions contradictoires lui imposent des obligations légales différentes. Une obligation n'est pas moins exécutoire du fait qu'elle est imposée par une convention collective. Il est faux de fonder sur la distinction qui existe entre une ordonnance impérative et une ordonnance qui offre une réparation différente le droit à une décision dont l'objet est de déterminer quelles sont les obligations légales qui l'emportent. Les ordonnances du CRTC et du conseil d'arbitrage, en l'espèce, imposent des obligations légales incompatibles à BC Tel, et il s'ensuit que celle-ci devrait être en mesure de demander aux cours laquelle de ces obligations doit prévaloir. La décision du CRTC, étant l'expression du rôle d'élaboration de la politique que lui a conféré le législateur, devrait prévaloir sur la décision du conseil d'arbitrage dans la mesure où elle est contradictoire.

Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Major: Il n'existe pas de conflit opérationnel entre la décision du CRTC et celle du conseil d'arbitrage. Le respect par BC Tel de l'ordonnance du CRTC n'entraînera pas la violation de la décision du conseil d'arbitrage en soi. Elle entraînera plutôt la violation de la convention collective. La décision du conseil d'arbitrage est simplement une interprétation de la convention collective. Elle ne contraint pas BC Tel à agir d'une certaine façon, elle ne fait que décrire la manière dont BC Tel elle-même a convenu d'agir. Par conséquent, il n'y a pas de véritable conflit opérationnel justifiant une intervention judiciaire et il convient par conséquent de maintenir tant la décision du conseil d'arbitrage que celle du CRTC. Toutefois, si la décision du CRTC et celle du conseil d'arbitrage avaient été en conflit opérationnel, la décision du CRTC aurait eu priorité sur celle du conseil d'arbitrage dans la mesure de ce conflit opérationnel. En enjoignant à BC Tel de permettre à des entreprises de télédistribution d'installer leurs propres câbles sur sa structure de soutènement, le CRTC mettait en œuvre une décision de principe, alors que le conseil d'arbitrage interprétait simplement un contrat de nature privée ayant trait aux modalités internes mises sur pied par BC Tel pour exécuter les activités qui lui étaient dévolues. Lorsque deux décisions rendues par des tribunaux administratifs sont tout aussi valides l'une que l'autre et qu'elles créent un conflit opérationnel, il faut accorder la priorité à la décision qui traduit le rôle d'élaboration d'une politique du tribunal dans les cas où l'autre décision est une décision de nature purement juridictionnelle qui porte sur l'interprétation d'un contrat privé. Le législateur, en établissant les deux tribunaux, ne pouvait souhaiter autre chose puisqu'autrement, des parties privées pourraient effectivement se soustraire par contrat à des obligations

collective agreement, regulatory requirements imposed on it in the public interest.

Per Cory and Iacobucci JJ.: Collective agreements, and in particular the clause reserving an exclusive right to work for a bargaining unit, provide the foundation for the entire system of labour relations. In light of the importance of such clauses, any characterization of the collective agreement or a particular clause of it which suggests that they represent an attempt by BC Tel or the TWU either to contract out of the public obligations imposed by the various telecommunications statutes or to extend improperly the scope of BC Tel's authority should be opposed. Moreover arbitration provided by labour legislation has a role of significant public importance and labour arbitrators are the instruments by which the general legislative policy is implemented. They have a special expertise and experience in interpreting collective agreements and in resolving labour disputes. Here, the operational conflict does not arise because of the collective agreement but, rather, because of the manner in which the labour arbitrator interpreted the collective agreement. The labour arbitrator's decision is an interpretation which mandates particular action in the same way as a court's interpretation of a statute mandates that particular consequences follow. To resolve the operational conflict, it is thus necessary to balance the overlapping jurisdiction, the aims and the purposes of two administrative tribunals. In the present circumstances, the CRTC's decision — a policy decision — must take precedence. The exclusive right to work clause, however, will continue to be binding on the parties, except in those circumstances where it conflicts with the CRTC's decision.

Per Lamer C.J. and La Forest J.: Subject to McLachlin J.'s proposed resolution of the conflict between the CRTC decision and that of the labour arbitration board, the reservation expressed by Cory J. is agreed with.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *Transvision (Magog) Inc. v. Bell Canada*, [1975] CTC 463; **referred to:** *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions profession-*

relevant de l'intérêt public. Une partie privée comme BC Tel ne devrait pas être autorisée, que ce soit intentionnellement ou non, à contourner au moyen d'un contrat ou d'une convention collective les exigences réglementaires qui lui sont imposées dans l'intérêt public.

Les juges Cory et Iacobucci: Les conventions collectives et, en particulier, les clauses qui confèrent à une unité de négociation le droit exclusif d'effectuer un certain travail, sont le fondement de l'ensemble du régime des relations du travail. Étant donné l'importance de telles clauses, il y a lieu de s'opposer à toute caractérisation de la convention collective ou d'une clause de celle-ci selon laquelle elle constitue une tentative par BC Tel ou le TWU soit de se soustraire par contrat à des obligations relevant de l'intérêt public, imposées par les différentes lois en matière de télécommunications, soit d'élargir indûment l'étendue du pouvoir de BC Tel. Par ailleurs, l'arbitrage prévu par les lois régissant les relations du travail joue un rôle d'une importance capitale pour la société et l'arbitre est l'instrument grâce auquel la politique législative générale est mise en œuvre. Il possède une expertise et une expérience particulières dans l'interprétation des conventions collectives et dans la résolution des conflits de travail. En l'espèce, le conflit opérationnel ne procède pas de la convention collective, mais plutôt de l'interprétation qu'en a fait l'arbitre. Sa décision est une interprétation qui commande une action particulière, tout comme l'interprétation d'une loi par la cour commande que des conséquences données s'ensuivent. Pour résoudre le conflit opérationnel, il est donc nécessaire d'évaluer des compétences qui se chevauchent, ainsi que les buts et objets de deux tribunaux administratifs. Compte tenu des circonstances de l'affaire, la décision du CRTC — une décision de principe — doit avoir priorité. La clause qui confère un droit exclusif à l'égard de certaines tâches continuera toutefois à lier les parties, sauf dans les cas où elle entre en conflit avec la décision du CRTC.

Le juge en chef Lamer et le juge La Forest: Sous réserve de la solution proposée par le juge McLachlin pour résoudre le conflit entre la décision du CRTC et celle du conseil d'arbitrage, la réserve formulée par le juge Cory est acceptée.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt appliqué: *Transvision (Magog) Inc. c. Bell Canada*, [1975] CTC 463; **arrêts mentionnés:** *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de*

nelles), [1993] 2 S.C.R. 756; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Alberta Power Ltd. v. Alberta (Public Utilities Board)* (1990), 72 Alta. L.R. (2d) 129.

By Sopinka J.

Referred to: *Telecommunications Workers Union v. Canada (Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1995] 2 S.C.R. 781.

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 58.
Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, R.S.C., 1985, c. C-22.
National Telecommunications Powers and Procedures Act, R.S.C., 1985, c. N-20 [rep. 1993, c. 38, s. 130], ss. 49, 50, 68(1).
Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3, ss. 2(1) "telephone toll", "toll", 326 [formerly s. 317], 335(1) [rep. & sub. 1991, c. 11, s. 86], (2), 339(1) [*idem*, c. 37, s. 2], 340 [am. 1991, c. 11, s. 87].
Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, s. 43(5).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1993] 3 F.C. 179, 155 N.R. 161, 103 D.L.R. (4th) 726, 13 Admin. L.R. (2d) 250, 93 CLLC ¶14,050, setting aside a decision of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. Appeal allowed.

Thomas G. Heintzman, Q.C., and *Susan L. Gratton*, for the appellant Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.

Avrum Cohen, Allan Rosenzveig and Carolyn Pinsky, for the appellant the CRTC.

Jack Giles, Q.C., *Judy Jansen* and *Alison Narod*, for the respondent British Columbia Telephone Co.

Morley D. Shortt, Q.C., and *Donald Bobert*, for the respondent Telecommunications Workers Union.

lésions professionnelles), [1993] 2 R.C.S. 756; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Alberta Power Ltd. c. Alberta (Public Utilities Board)* (1990), 72 Alta. L.R. (2d) 129.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt mentionné: *Telecommunications Workers Union c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, [1995] 2 R.C.S. 781.

Lois et règlements cités

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 58.
Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications, L.R.C. (1985), ch. N-20 [abr. 1993, ch. 38, art. 130], art. 49, 50, 68(1).
Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, L.R.C. (1985), ch. C-22.
Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), ch. R-3, art. 2(1) «taxe de téléphone», «taxe», 326 [auparavant art. 317], 335(1) [abr. & rempl. 1991, ch. 11, art. 86], (2), 339(1) [*idem*, ch. 37, art. 2], 340 [mod. 1991, ch. 11, art. 87].
Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 43(5).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1993] 3 C.F. 179, 155 N.R. 161, 103 D.L.R. (4th) 726, 13 Admin. L.R. (2d) 250, 93 CLLC ¶14,050, qui a annulé une décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. Pourvoi accueilli.

Thomas G. Heintzman, c.r., et *Susan L. Gratton*, pour l'appelante Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.

Avrum Cohen, Allan Rosenzveig et Carolyn Pinsky, pour l'appelant le CRTC.

Jack Giles, c.r., *Judy Jansen* et *Alison Narod*, pour l'intimée British Columbia Telephone Co.

Morley D. Shortt, c.r., et *Donald Bobert*, pour l'intimé Telecommunications Workers Union.

The reasons of Lamer C.J. and La Forest J. were delivered by

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

1 LAMER C.J. — I have had the opportunity to read the reasons of my colleagues, L'Heureux-Dubé, Cory, and McLachlin JJ. I am in substantial agreement with the reasons of L'Heureux-Dubé J. and agree with her disposition of the case. I concur, however, with the reservations expressed by both Cory and McLachlin JJ. and I agree with McLachlin J.'s proposed resolution of the conflict between the CRTC decision and the decision of the labour arbitration board. I would allow the appeal and restore the decision of the CRTC.

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai eu l'occasion de lire les motifs de mes collègues, les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin. Je souscris à la majeure partie des motifs du juge L'Heureux-Dubé et au résultat auquel elle en arrive. Cependant, je suis d'accord avec les réserves formulées par les juges Cory et McLachlin et avec la solution proposée par le juge McLachlin pour résoudre le conflit entre la décision du CRTC et celle du conseil d'arbitrage. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du CRTC.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and Major JJ. were delivered by

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Major ont été rendus par

2 L'HEUREUX-DUBÉ J. — This case concerns the appropriate standard of review where an administrative tribunal, here the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ("CRTC"), reaches a decision which allegedly conflicts with that of a second administrative tribunal, here a labour arbitration board appointed under the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2. Effectively, this case raises three principal issues. First, what is the standard of review generally applicable to CRTC decisions? Second, is this standard of review somehow altered in situations where the decision of the CRTC that is being challenged is in conflict with that of another administrative tribunal? Third, is there such a conflict in the case at hand?

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi porte sur la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer lorsqu'un tribunal administratif, ici le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes («CRTC»), rend une décision qu'on allègue être contradictoire à celle qu'a rendue un second tribunal administratif, ici un conseil d'arbitrage constitué sous le régime du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2. En fait, le pourvoi soulève trois principales questions. Premièrement, quelle est la norme de contrôle généralement applicable aux décisions du CRTC? Deuxièmement, cette norme est-elle de quelque façon différente si la décision du CRTC qui est contestée entre en conflit avec celle qu'a rendue un autre tribunal administratif? Troisièmement, existe-t-il un tel conflit en l'espèce?

I. Facts

I. Les faits

3 The respondent British Columbia Telephone Company ("BC Tel") provides telephone service in British Columbia through a support structure of poles and aerial cables as well as buried conduit. The appellant Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd. ("Shaw") and other cable companies provide cable television service in British Columbia through cables, some of which are installed in and on BC Tel's support structure. Cable company access to

L'intimée British Columbia Telephone Company («BC Tel») fournit des services téléphoniques en Colombie-Britannique et utilise à cette fin une structure de soutènement de poteaux et de câbles aériens ainsi que des conduites enfouies. L'appelante Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd. («Shaw») et d'autres entreprises de télédistribution fournissent le service de télédistribution en Colombie-Britannique à l'aide de câbles, dont certains

BC Tel's support structure is governed by Support Structure Agreements ("SSAs").

The respondent Telecommunications Workers Union ("TWU") represents the BC Tel employees who do repair, maintenance, alteration and construction work on the BC Tel support structure. The CRTC is the federal regulatory body which regulates both BC Tel and the cable companies, and which approves the SSAs between them.

Since about 1977, BC Tel and the cable companies have disagreed about cable company access to BC Tel's support structure for installation of cable facilities. At the root of this disagreement is BC Tel's collective agreement with the TWU which created, at all material times, an exclusive right to certain work by union members. Specifically, the collective agreement provided that:

Any work having to do with the maintenance, repair, alteration or construction of the telephone plant shall be assigned to qualified journeymen telephone workers, shopmen, or to apprentices under the supervision of journeymen.

Initially, relying on this provision of its collective agreement, BC Tel proposed that its employees perform the installation of all cable company facilities on BC Tel's support structure and that the cable companies pay BC Tel for such work according to a CRTC approved tariff. This proposal was considered by the CRTC in Telecom Decision CRTC 78-6 ("Decision 78-6"), issued on July 28, 1978. In that decision, the CRTC held that BC Tel was not justified in seeking to install cable facilities itself. Specifically, the CRTC rejected BC Tel's argument that it was precluded by its collective agreement from permitting third parties from installing their own facilities at their own expense. In this respect, the CRTC stated:

... the clause in question does not appear to prohibit the Company from permitting third parties from installing their own facilities at their own expense. Moreover, the Commission is concerned that an exclusive restriction of

sont installés sur cette structure de soutènement. L'accès de l'entreprise de télédistribution à cette structure de BC Tel est régi par des accords relatifs aux structures de soutènement (les «accords»).

L'intimé Telecommunications Workers Union («TWU») représente les employés de BC Tel qui effectuent le travail de réparation, d'entretien, de modification et de construction de la structure de soutènement de BC Tel. Le CRTC est l'organisme fédéral qui réglemente BC Tel et les entreprises de télédistribution et qui approuve les accords qu'elles concluent.

Depuis à peu près 1977, BC Tel et les entreprises de télédistribution ne s'entendent pas sur l'accès de ces dernières à la structure de soutènement de BC Tel pour l'installation de câbles. À la base de cette mésentente se trouve la convention collective qui lie BC Tel et TWU et qui, à toutes les époques pertinentes, a conféré aux syndiqués le droit exclusif d'effectuer certaines tâches. Plus précisément, la convention collective prévoyait:

[TRADUCTION] Tout travail ayant trait à l'entretien, à la réparation, à la modification ou à la construction d'installations téléphoniques est confié à des travailleurs qualifiés ou ouvriers de la compagnie de téléphone ou à des apprentis sous la supervision de travailleurs qualifiés.

Initialement, forte de cette disposition de sa convention collective, BC Tel a proposé que ses employés se chargent de l'installation de tous les câbles des entreprises de télédistribution sur sa structure de soutènement et que ces entreprises paient BC Tel suivant un tarif approuvé par le CRTC. Dans sa décision Télécom CRTC 78-6 (la «décision 78-6») rendue le 28 juillet 1978, le CRTC a examiné cette proposition, puis statué que BC Tel n'était pas justifiée d'exiger qu'elle seule puisse installer les câbles. Plus précisément, le CRTC a écarté l'argument de BC Tel portant que sa convention collective l'empêchait de permettre à des tiers d'installer leur propre matériel à leurs frais. À cet égard, le CRTC a déclaré:

... la clause en question ne semble pas l'empêcher de permettre à une tierce partie d'installer son propre matériel à ses frais. De plus, le Conseil se préoccupe de ce qu'une restriction exclusive de ce genre pourrait consti-

4

5

6

this kind may constitute an unjust preference under section 321(2) of the *Railway Act* [R.S.C. 1970, c. R-2 (now R.S.C., 1985, c. R-3, s. 340(2))], although in the absence of argument on the point, the Commission does not make an explicit finding at this time.

tuer une préférence injuste selon l'article 321(2) de la *Loi sur les chemins de fer* [S.R.C. 1970, ch. R-2 (maintenant L.R.C. (1985), ch. R-3, par. 340(2))]. Toutefois, étant donné l'absence d'arguments sur ce point, le Conseil ne désire pas tirer de conclusion explicite en ce moment.

7 Decision 78-6 was intended to provide guidance for negotiations between BC Tel and the cable companies over the content of the SSAs between them. However, almost a year after the release of Decision 78-6, BC Tel and the cable companies were still unable to reach full agreement on the terms of such SSAs. As a result, by Telecom Decision CRTC 79-22 ("Decision 79-22"), the CRTC settled the remaining issues between the parties. An SSA drafted in accordance with Decisions 78-6 and 79-22 was then submitted by the parties and approved by the CRTC through Telecom Order CRTC 80-147. This SSA provided that cable companies could install their own cable facilities on BC Tel's support structure provided the installation procedures did not include the "intentional dislocation of Company [BC Tel] property".

La décision 78-6 était destinée à apporter quelque assistance à BC Tel et aux entreprises de télédistribution dans leurs négociations sur la teneur des accords qui les lieraient. Toutefois, presque un an après la décision 78-6, BC Tel et les entreprises de télédistribution étaient toujours incapables d'en arriver à une entente globale sur les clauses de ces accords. Dans sa décision Télécom CRTC 79-22 (la «décision 79-22»), le CRTC a donc réglé les autres litiges opposant les parties. Un accord rédigé conformément aux décisions 78-6 et 79-22 a ensuite été soumis par les parties et approuvé par le CRTC dans l'ordonnance Télécom CRTC 80-147. Cet accord autorisait les entreprises de télédistribution à installer leur propre matériel sur la structure de soutènement de BC Tel pourvu que les méthodes d'installation n'entraînent pas le [TRADUCTION] «dérangement intentionnel des installations de la compagnie [BC Tel]».

8 Following installation work done by a cable company pursuant to the SSA, the TWU initiated labour arbitration proceedings leading to the Williams Award of January 25, 1983. In the Williams Award, a labour arbitration board held that the cable company:

À la suite du travail d'installation effectué par une entreprise de télédistribution conformément à l'accord, TWU a présenté une demande d'arbitrage qui a mené, le 25 janvier 1983, au jugement Williams, dans lequel un conseil d'arbitrage a conclu que l'entreprise de télédistribution:

... had installed its coaxial cable in such a manner that it "had to do with the maintenance, repair and construction of the B.C. Tel plant". The installation, executed with the approval of the B.C. Telephone Company, did have the effect of altering the plant and to that extent contravened the Collective Agreement.

[TRADUCTION] ... avait installé son câble coaxial d'une façon qui concernait «l'entretien, la réparation et la construction des installations téléphoniques de B.C. Tel». Les travaux effectués avec l'approbation de B.C. Telephone Company ont eu pour effet de modifier les installations et de contrevenir ainsi à la convention collective.

The arbitration board also stated, however, that "[s]o long as the B.C. Telephone Company specifies reasonable terms based on its Collective Agreement obligations, the cable companies may use their own contractors" to perform installation work. For example, the arbitration board suggested that allowing BC Tel employees to be present dur-

Le conseil d'arbitrage a ajouté, toutefois, que [TRADUCTION] «[t]ant que BC Telephone Company énonce des conditions raisonnables fondées sur les obligations qui lui incombent conformément à sa convention collective, les entreprises de télédistribution peuvent avoir recours à leurs propres entrepreneurs» pour exécuter le travail d'installation.

ing cable installations to handle BC Tel equipment might be a workable scheme which would not breach the collective agreement.

After the Williams Award, BC Tel refused to allow cable companies to do any installation work and the Canadian Cable Television Association ("CCTA"), an association representing cable companies, complained to the CRTC. The TWU intervened in the dispute, arguing that the CRTC could not order BC Tel to violate its collective agreement. The CRTC ruled on July 28, 1987 that BC Tel's position contravened two earlier CRTC decisions and that the Williams Award did not require that all installation work be performed by BC Tel employees. The CRTC concluded that:

It appears from the record that this position is not based upon the arbitration board's interpretation of the collective agreement but upon B.C. Tel's acceptance of the TWU's view that the spinning work performed by the cable licensees should instead be performed by B.C. Tel employees. The board did not express this opinion. Instead, it was of the view that the obligations under the collective agreement could be met using a scheme whereby B.C. Tel employees were present during the cable spinning for the purpose of handling the B.C. Tel equipment.

This approach parallels that of the Commission in Decision 79-22 where the C.R.T.C. noted that B.C. Tel, not cable, employees should dislocate B.C. Tel property.

In the absence of an arbitration board ruling that the collective agreement would not permit the work contemplated in those Decisions, there seems to be no reason to alter the status quo. The Commission therefore orders B.C. Tel to permit cable licensees to do the spinning work required to install their coaxial cable on B.C. Tel support structures in accordance with the terms of the [Support Structure] Agreement.

Par exemple, selon le conseil d'arbitrage, on pourrait permettre aux employés de BC Tel d'être présents au moment de l'installation des câbles pour manipuler l'équipement de BC Tel, sans pour autant que cela ne contrevienne à la convention collective.

À la suite du jugement Williams, BC Tel ayant refusé de permettre aux entreprises de télédistribution d'effectuer tout travail d'installation, l'Association canadienne de télévision par câble («ACTC»), une association représentant les entreprises de télédistribution, a déposé une plainte auprès du CRTC. TWU est intervenu au litige et a soutenu que le CRTC ne pouvait ordonner à BC Tel de contrevenir à sa convention collective. Le 28 juillet 1987, le CRTC a statué que la position de BC Tel allait à l'encontre de deux décisions antérieures du CRTC et que le jugement Williams n'exigeait pas que le travail d'installation soit effectué en totalité par les employés de BC Tel. Le CRTC a conclu ainsi:

[TRADUCTION] Il ressort du dossier que cette position ne repose pas sur l'interprétation donnée par le conseil d'arbitrage à la convention collective, mais sur l'acceptation par BC Tel de l'opinion du TWU que le travail de bobinage exécuté par les entreprises de télédistribution devrait plutôt être exécuté par les employés de BC Tel. Ce n'était pas l'opinion du conseil d'arbitrage. Celui-ci était plutôt d'avis que les obligations prévues dans la convention collective pourraient être respectées si les employés de BC Tel étaient présents pendant le bobinage des câbles pour manipuler l'équipement de BC Tel.

Cette analyse ressemble à celle adoptée par le Conseil dans la décision 79-22 dans laquelle le CRTC avait dit que BC Tel, et non les entreprises de télédistribution, devaient s'occuper du dérangement des installations de BC Tel.

Comme le conseil d'arbitrage n'a pas dit que la convention collective ne permettrait pas le travail envisagé dans ces décisions, il ne semble y avoir aucun motif de changer le statu quo. Le Conseil ordonne en conséquence à BC Tel de permettre aux entreprises de télédistribution de faire le travail de bobinage nécessaire à l'installation de leur câble coaxial sur les structures de soutènement de BC Tel conformément aux dispositions de l'Accord [relatif aux structures de soutènement].

10 After this decision BC Tel once again permitted cable companies to install their own cables on its support structure. As a result, the TWU filed another grievance which led to the Glass Award of July 19, 1991. In the Glass Award, an arbitration board considered specific installation activities performed by cable companies in accordance with the SSA. Specifically, the arbitration board considered two installation activities: (i) the spinning of aerial cables, and (ii) the installation of underground cables in BC Tel's conduit system (and splice boxes or tubs). The arbitration board found that BC Tel was in violation of its collective agreement when it permitted cable companies to perform these installation activities. As regards the CRTC's 1987 letter decision, the arbitration board stated:

It appears that the C.R.T.C.'s policy in this area is influenced by its perception of whether or not the assignment of the work contemplated in those decisions to persons other than members of the T.W.U. bargaining unit amounts to a breach of the collective agreement between B.C. Tel and the T.W.U.

It is not for us to comment on whether that policy is properly affected or influenced by such a consideration, but we are certainly obliged to rule on whether or not a violation of the collective agreement has occurred and we will proceed to do so.

11 Following the Glass Award, in October 1991, BC Tel submitted a revised SSA to the CRTC for approval, noting that the Glass Award made it impossible for the company to allow cable companies to install cables on BC Tel's support structure. On November 27, 1991, Shaw applied to the CRTC pursuant to s. 49 of the *National Telecommunications Powers and Procedures Act*, R.S.C., 1985, c. N-20 ("NTPPA"), for a decision requiring BC Tel to permit Shaw or its contractors to install cable as provided for in the existing SSA approved by the CRTC in 1980. The resulting decision, Telecom Letter Decision CRTC 92-4 ("Decision 92-4"), discussed below, is the subject of the appeal in the case at hand.

À la suite de cette décision, BC Tel a de nouveau permis aux entreprises de télédistribution d'installer leurs propres câbles sur sa structure de soutènement. TWU a donc déposé un second grief et, le 19 juillet 1991, le jugement Glass a été rendu. Dans ce jugement, un conseil d'arbitrage a examiné certains travaux d'installation effectués par les entreprises de télédistribution conformément à l'accord. Plus précisément, il a examiné deux travaux d'installation: (i) le bobinage des câbles aériens et (ii) l'installation de câbles souterrains sur le système de conduite de BC Tel (et de boîtes ou cylindres d'épissure). Le conseil d'arbitrage a conclu que BC Tel avait contrevenu à sa convention collective lorsqu'elle a permis à des entreprises de télédistribution d'effectuer ces travaux d'installation. En ce qui concerne la lettre-décision rendue par le CRTC en 1987, le conseil d'arbitrage a dit:

[TRADUCTION] La politique du CRTC dans ce domaine paraît liée à la question de savoir si le fait de confier le travail, comme l'envisagent ces décisions, à des personnes autres que les membres de l'unité de négociation de TWU constitue une violation de la convention collective conclue entre BC Tel et TWU.

Il ne nous appartient pas de dire si cette considération a un rôle à jouer dans cette politique, mais nous sommes certainement tenus de déterminer s'il y a eu violation de la convention collective et c'est ce que nous ferons.

En octobre 1991, à la suite du jugement Glass, BC Tel a soumis un accord révisé à l'approbation du CRTC, l'avisant que, vu le jugement Glass, la compagnie était dans l'impossibilité de permettre aux entreprises de télédistribution d'installer des câbles sur sa structure de soutènement. Le 27 novembre 1991, Shaw a demandé au CRTC, en vertu de l'art. 49 de la *Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications*, L.R.C. (1985), ch. N-20 («LNAT»), de rendre une décision contraignant BC Tel à autoriser Shaw ou ses entrepreneurs à installer des câbles conformément à l'accord existant, approuvé par le CRTC en 1980. La décision rendue à la suite de cette demande, la lettre-décision Télécom CRTC 92-4 (la «décision 92-4»), analysée ci-après, est l'objet du présent pourvoi.

II. Decisions

Telecom Letter Decision CRTC 92-4, June 26, 1992

The CRTC noted that pursuant to ss. 49(2) and 50 *NTPPA* and s. 335(2) of the *Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3, it had a duty to approve the tolls of telecommunications service offerings, including related terms and conditions. In particular, the CRTC noted that all terms which described the nature of the service offered or affected its value had to be approved by the CRTC. Accordingly, the CRTC stated that its authority over SSAs extended to the terms of service and that the CRTC therefore had to consider the amended SSA proposed by BC Tel.

The CRTC, however, considered it appropriate to dispose of the issue of cable company access to BC Tel's support structure before making a final determination regarding the proposed SSA. In this respect, the CRTC noted that, pursuant to its statutory mandate to ensure that rates are just and reasonable and that they do not confer an undue preference, it had consistently determined that BC Tel had to provide cable companies with access to its support structure. Specifically, the CRTC noted that it had consistently found that cable companies had to have the option, on reasonable terms and conditions, to install their own cable facilities in or on BC Tel's support structure through contractors approved by the cable company. The CRTC indicated its continued support for this position and found that any amendments to the SSA had to reflect its view on this matter. Accordingly, in response to Shaw's application, the CRTC directed BC Tel to comply with its obligations to permit Shaw and other cable companies to install their own cable on BC Tel's support structure.

As regards the amended SSA proposed by BC Tel, the CRTC noted that it contained several provisions which did not reflect the CRTC's view on the rights of cable companies to have access to

II. Les décisions

La lettre-décision Télécom CRTC 92-4, 26 juin 1992

Le CRTC a signalé que, conformément au par. 49(2) et à l'art. 50 *LNAT* et au par. 335(2) de la *Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. (1985), ch. R-3, il se devait d'approuver les tarifs applicables aux services de télécommunications, y compris les termes et conditions y afférents. En particulier, le CRTC a mentionné que toutes les clauses qui décrivent la nature du service offert ou qui affectent sa valeur doivent recevoir son approbation. Il a, par conséquent, déclaré que son pouvoir relatif aux accords s'étendait aux modalités de service et qu'il devait donc examiner les modifications que BC Tel souhaitait apporter à l'accord.

Le CRTC a toutefois estimé opportun de trancher la question de l'accès des entreprises de télédistribution à la structure de soutènement de BC Tel avant de rendre une décision définitive concernant le projet d'accord. À cet égard, le CRTC a signalé que, conformément au mandat que lui attribue la loi de veiller à ce que les tarifs soient justes et raisonnables et à ce qu'ils ne confèrent pas de préférence indue, il avait toujours déterminé que BC Tel devait donner aux entreprises de télédistribution accès à sa structure de soutènement. Essentiellement, le CRTC a signalé qu'il avait toujours jugé que les entreprises de télédistribution devaient avoir le choix, à des conditions raisonnables, d'installer leurs propres câbles sur la structure de soutènement de BC Tel en faisant appel à des entrepreneurs approuvés par l'entreprise de télédistribution. Le CRTC a mentionné qu'il maintenait cette position et que toute modification à l'accord devait tenir compte de son opinion à cet égard. Aussi, en réponse à la demande de Shaw, le CRTC a-t-il ordonné à BC Tel de respecter ses obligations et de permettre à Shaw et à d'autres entreprises de télédistribution d'installer leurs propres câbles sur sa structure de soutènement.

Quant au projet d'accord de BC Tel, le CRTC a remarqué qu'il contenait plusieurs dispositions ne tenant pas compte de son point de vue sur le droit des entreprises de télédistribution d'accéder aux

12

13

14

support structures and the obligation to provide such access. The CRTC also noted that there were several other matters in the proposed SSA that were in dispute between the cable industry and BC Tel. As a result, the CRTC stated:

In order to assist the Commission in assessing B.C. Tel's application, the Commission requests CCTA to outline the major areas of disagreement, other than the issue disposed of in this letter decision, and to provide its comments on each of those areas. CCTA is to file its comments within 30 days, serving a copy on B.C. Tel. B.C. Tel may file its response within 20 days of receipt of CCTA's comments, indicating any additional areas of contention. A copy is to be served on CCTA at the same time. The Commission will then be in a position to determine if further information is required or, if not, to rule on the proposed SSA.

- 15 It is the portion of the CRTC's decision relating to the right of cable companies to install their own facilities on BC Tel's support structure that is under dispute in this appeal.

Federal Court of Appeal, [1993] 3 F.C. 179

- 16 Mahoney J.A., for a unanimous court, noted that BC Tel faced a dilemma in that it could not comply with both the order of the CRTC that it permit cable companies to install their own cables on its support structure and the provision of its collective agreement with the TWU, as interpreted by the arbitration board, that any work having to do with the telephone plant be assigned to union employees. After reviewing the procedural history of the case and the prior decisions of the CRTC and the labour arbitration boards, the court observed that the CRTC had ordered BC Tel to do again what had been determined by an arbitration board to be in violation of the collective agreement and that therefore Decision 92-4 and the decision of the arbitration board could not stand together.

- 17 The court stated that it was unaware of any authority on the question of deference, if any, owed by one tribunal to the decisions of another. Nor did it feel that the issue was one of deference

structures de soutènement, ni de l'obligation de fournir cet accès. Le CRTC a également noté que plusieurs autres questions dans le projet d'accord opposaient l'industrie de la télédistribution et BC Tel. Le CRTC a donc déclaré:

Afin de l'aider à évaluer la requête de la B.C. Tel, le Conseil demande à l'ACTC d'exposer les principaux désaccords, outre la question qui est réglée dans la présente lettre-décision, et de formuler ses observations sur chacun d'eux. L'ACTC doit déposer ses observations dans les 30 jours et en signifier copie à la B.C. Tel. La B.C. Tel doit déposer sa réponse dans les 20 jours suivant la réception des observations de l'ACTC en notant tout autre point litigieux. Elle doit en même temps en signifier copie à l'ACTC. Le Conseil sera alors en mesure de décider si d'autres renseignements sont requis ou de se prononcer sur le projet d'accord.

C'est cette partie de la décision du CRTC qui porte sur le droit des entreprises de télédistribution d'installer leur matériel sur la structure de soutènement de BC Tel qui est en litige ici.

La Cour d'appel fédérale, [1993] 3 C.F. 179

Au nom de la cour à l'unanimité, le juge Mahoney a indiqué que BC Tel se trouvait devant un dilemme puisqu'elle ne pouvait respecter à la fois l'ordonnance du CRTC de permettre aux entreprises de télédistribution d'installer leurs propres câbles sur sa structure de soutènement, et la disposition de sa convention collective la liant à TWU, interprétée par le conseil d'arbitrage comme signifiant que tout travail ayant trait à des installations téléphoniques devait être confié aux employés membres du syndicat. Après avoir passé en revue les procédures dans l'affaire et les décisions antérieures du CRTC et des conseils d'arbitrage, la cour a fait remarquer que le CRTC avait ordonné à BC Tel d'accomplir un acte qu'un conseil d'arbitrage avait jugé être en contravention de la convention collective et que, par conséquent, la décision 92-4 et la décision du conseil d'arbitrage n'étaient pas compatibles.

La cour a déclaré ne connaître aucun précédent sur la question de la retenue dont un tribunal administratif doit faire preuve, le cas échéant, à l'égard des décisions d'un autre tribunal. Elle n'a pas

in the sense of deference owed by courts in reviewing the decisions of administrative tribunals. Neither the CRTC nor the arbitration board had the power to interfere with the decision of the other. According to the court, the jurisdictions of the CRTC and the arbitration board did not overlap, although they might lead, as here, to irreconcilable results.

The court held that the result of the conflicting decisions was patently unreasonable and that the appropriate approach to the resolution of this issue could be found in the pragmatic and functional approach adopted by this Court in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048. Specifically, it held that (at p. 192):

... where the patently unreasonable result flows from conflicting decisions of different tribunals, *Bibeault* suggests a way it may be resolved. A comparison of the competing constituting enactments, their purposes and the purposes of the tribunals in the legislative schemes, the respective areas of expertise and the nature of the problem that has given rise to the unreasonable result can, I believe, be the basis for a conclusion that one or the other has erred in law or jurisdiction by failing to take account of the other's decision.

In this respect, the court first considered the statutory scheme and nature of the CRTC. It was beyond doubt that the CRTC had the jurisdiction and mandate to regulate all relevant aspects of BC Tel's business. The primary relevant source of jurisdiction was found in ss. 335(1) and 339(1) of the *Railway Act*, as well as ss. 49 and 50 *NTPPA*. Furthermore, the court noted that in *Transvision (Magog) Inc. v. Bell Canada*, [1975] CTC 463, the Canadian Transport Commission ("CTC") had found that support structures were assets of a telephone company's public utility function required to be made available to others on a regulated basis. This proposition had not, so far as the court was aware, been challenged since. Similarly the court noted that the duty to regulate tolls so as to preclude undue preference was clearly set out in s. 340 of the *Railway Act* and that since at least 1978, the CRTC had required that cable companies and

estimé non plus que la question concernait la déférence dont les cours de justice doivent faire preuve à l'égard des décisions des tribunaux administratifs. Ni le CRTC, ni le conseil d'arbitrage n'étaient habilités à intervenir dans la décision de l'autre. Selon la cour, il n'y avait pas chevauchement entre la compétence du CRTC et celle du conseil d'arbitrage, bien que l'exercice de cette compétence puisse donner lieu, comme ici, à des résultats incompatibles.

La cour a conclu que le résultat des décisions contradictoires était manifestement déraisonnable et que, pour résoudre cette question, on pouvait avoir recours à la démarche pragmatique et fonctionnelle empruntée par notre Cour dans *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048. Plus précisément, elle a conclu, à la p. 192, que:

... si ce résultat manifestement déraisonnable découle de décisions contradictoires de tribunaux différents, l'arrêt *Bibeault* propose une façon de procéder. Après une comparaison entre les libellés des dispositions législatives contradictoires, leur objet et l'objet de la loi qui créent (*sic*) ces tribunaux, leurs domaines d'expertise respectifs et la nature du problème qui a abouti au résultat manifestement déraisonnable, il sera possible de conclure que l'un des deux tribunaux a commis une erreur de droit ou de compétence en ne tenant pas compte de la décision de l'autre.

À cet égard, la cour s'est d'abord penchée sur le régime législatif et sur la nature du CRTC. Nul doute que le CRTC avait la compétence et le mandat pour réglementer tous les aspects pertinents des activités de BC Tel. La source première de compétence selon la cour, relève des par. 335(1) et 339(1) de la *Loi sur les chemins de fer*, ainsi que des art. 49 et 50 *LNAT*. Par ailleurs, la cour a fait remarquer que, dans *Transvision (Magog) Inc. c. Bell Canada*, [1975] CTC 463, la Commission canadienne des transports («CCT») avait conclu que les structures de soutènement étaient un bien de la compagnie de téléphone qui devait être mis à la disposition des autres usagers, sous réserve d'une réglementation. À la connaissance de la cour, cette proposition n'avait pas depuis lors été contestée. La cour a également signalé que l'obligation de réglementer les taxes de façon à empêcher toute préférence indue était clairement formu-

18

19

their contractors be given access to BC Tel's support structure to install cable in order to avoid according BC Tel an undue advantage or preference. It was also noted that the expertise of the CRTC in determining reasonable tolls and the avoidance of undue preferences was to be accepted as a matter of fact and law. Finally, the court observed that s. 68(1) *NTPPA* provided for an appeal, with leave, to the Federal Court of Appeal on a question of law or jurisdiction.

lée dans l'art. 340 de la *Loi sur les chemins de fer* et que, depuis au moins 1978, le CRTC avait exigé que les télédistributeurs et leurs entrepreneurs aient accès à la structure de soutènement de BC Tel pour l'installation de câbles de façon à éviter que cette dernière ne bénéficie d'une préférence ou d'un avantage indus. Elle a également mentionné qu'il fallait accepter en fait et en droit l'expertise du CRTC lorsqu'il fixe des taxes raisonnables et éviter toute préférence indue. Enfin, la cour a fait remarquer que le par. 68(1) *LNAT* prévoyait un droit d'appel à la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence, avec l'autorisation de cette dernière.

20 The court next considered the nature of an arbitration board, noting that it was a statutory tribunal constituted under the *Canada Labour Code*. However, an arbitration board was also found to be an inherently *ad hoc* tribunal whose members' expertise was by no means as evident, as a matter of fact, as the expertise of the members of the CRTC in their area. Nonetheless, it was noted (at p. 195) that s. 58 of the *Canada Labour Code* provided a virtually "impenetrable privative provision" insulating the proceedings of an arbitrator or board from judicial interference.

La cour a ensuite analysé la nature d'un conseil d'arbitrage, signalant qu'il s'agissait d'un tribunal créé sous le régime du *Code canadien du travail*, ajoutant cependant qu'un conseil d'arbitrage était à proprement parler un tribunal *ad hoc*. L'expertise de ses membres est loin d'être aussi évidente, comme question de fait, que celle des membres du CRTC dans leur domaine. Elle a néanmoins signalé que l'art. 58 du *Code canadien du travail* prévoyait une «clause privative [à toutes fins pratiques] impénétrable» (p. 195), qui soustrait les décisions de l'arbitre ou du conseil d'arbitrage à toute intervention judiciaire.

21 The court did not regard the conflict between the decisions of the CRTC and the arbitration board as calling for deference by one to the decision of the other in the sense of judicial deference to a decision subject to judicial review. Moreover, the court found that there was nothing in the relative importance of the CRTC and the arbitration board or in the expertise of their members that would lead to the conclusion that the decision of one was paramount as it incidentally bore on the decision of the other. Applying the pragmatic approach, the court held that the determination of whether or not the particular work fell within the collective agreement was primarily an issue of labour relations rather than the regulation of telephone tolls. The arbitration board in no way purported to interfere with the CRTC's determination in the exercise of

La cour n'a pas jugé que le conflit entre la décision du CRTC et celle du conseil arbitral exigeait que l'un fasse preuve de retenue à l'égard de la décision de l'autre, comme cela se produit à l'égard d'une décision qui fait l'objet d'un contrôle judiciaire. La cour a en outre affirmé que ni l'importance relative du CRTC et du conseil d'arbitrage, ni l'expertise de leurs membres ne permettraient de conclure que la décision de l'un prédomine parce qu'elle concerne accessoirement celle de l'autre. Ayant recours à l'analyse pragmatique, la cour a décidé que la question de savoir si un travail particulier est visé par la convention collective est davantage une question de relations du travail que de réglementation des taxes de téléphone. Le conseil d'arbitrage n'a aucunement voulu empiéter sur la décision du CRTC rendue

its jurisdiction that to avoid an undue advantage to BC Tel, cable companies had to be given access for installation purposes to the support structures. The arbitration board simply interpreted the collective agreement.

The question thus became whether the CRTC erred in law or exceeded its jurisdiction by ordering BC Tel to violate a requirement of the collective agreement by doing again that which the arbitration board had conclusively determined was in violation of that agreement.

It was noted that the assignment of the exclusive right to perform particular work to members of the bargaining unit was a very common term of collective agreements and that its omission would be extraordinary. Accordingly, the court found that the CRTC had not been given the power to require that a company, subject to its regulatory mandate, violate its collective bargaining obligations *bona fide* undertaken and that "the CRTC exceeded its jurisdiction by requiring that B.C. Tel again violate the terms of its collective agreement with TWU in the respects which the Glass Award held had already violated it" (p. 197). The appeal was therefore allowed and the matter was referred back to the CRTC for reconsideration and decision on the basis that it does not have the jurisdiction to order BC Tel to violate the terms of its collective agreement with the TWU.

III. Points in Issue

1. Absent the decision of the labour arbitration board, would the Federal Court of Appeal, applying the standard of review generally applicable to CRTC decisions, have been justified in interfering with the decision of the CRTC?

dans l'exercice de sa compétence, suivant laquelle les entreprises de télédistribution devaient avoir accès aux structures de soutènement de B.C. Tel de façon à ce que cette dernière ne bénéficie pas d'un avantage indu. Le conseil d'arbitrage a simplement interprété la convention collective.

Il fallait alors déterminer si le CRTC avait commis une erreur de droit ou un excès de compétence lorsqu'il a ordonné à BC Tel de contrevenir à une exigence de la convention collective en accomplissant de nouveau ce qui, selon la décision finale du conseil d'arbitrage, contrevenait à cette convention.

La cour a indiqué que l'on retrouve fréquemment dans les conventions collectives la clause qui confère aux membres de l'unité de négociation le droit exclusif d'accomplir une tâche particulière et que son absence serait plutôt étonnante. Elle a donc conclu que le CRTC n'était pas habilité à exiger qu'une compagnie assujettie à son mandat de réglementation ne se conforme pas aux obligations qu'elle s'est engagée de bonne foi à assumer dans le cadre d'une convention collective et que «le CRTC a excédé sa compétence en exigeant de B.C. Tel qu'elle contreviene de nouveau aux dispositions de la convention collective conclue avec le TWU, quant aux aspects sur lesquels le jugement Glass avait précisé qu'il y avait violation de la convention collective» (p. 197). L'appel a par conséquent été accueilli et l'affaire renvoyée au CRTC pour qu'il la réexamine et prenne une nouvelle décision en tenant pour acquis qu'il n'a pas compétence pour ordonner à BC Tel de contrevenir aux dispositions de la convention collective conclue avec TWU.

III. Questions en litige

1. N'eût été la décision rendue par le conseil d'arbitrage, la Cour d'appel fédérale, en utilisant la norme de contrôle généralement applicable aux décisions du CRTC, aurait-elle été justifiée d'intervenir dans la décision du CRTC?

22

23

2. Does the existence of the labour arbitration board decision, which allegedly conflicts with the decision of the CRTC, somehow modify the answer to the first question?

IV. Analysis

24 The main issue in this case concerns whether or not a judicial remedy is available where two administrative tribunals reach inconsistent decisions, neither of which would normally be interfered with by the courts given the standard of review generally applicable to the tribunals in question. This question was first considered in *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, where the conflict in question was jurisprudential. In the case at hand, we are asked to consider the same question in light of an alleged operational conflict between the decisions of two administrative tribunals.

25 This case comes to this Court by way of appeal from a decision of the Federal Court of Appeal allowing an appeal from a decision of the CRTC which was in alleged conflict with an earlier decision of an arbitration board. Both the CRTC decision and the arbitration board decision related to the installation by cable companies of cable facilities on the support structure of BC Tel.

26 Before us, the respondents argued that the decision of the Federal Court of Appeal to quash Decision 92-4 should be upheld on the ground that the CRTC did not have the necessary jurisdiction to reach the decision in question. The appellants, on the other hand, argued that the Federal Court of Appeal decision should be overturned on the ground that Decision 92-4 was a valid policy decision within the jurisdiction of the CRTC.

27 In order to resolve the substance of this dispute it is necessary to address the two points in issue outlined earlier.

1. *Absent the decision of the labour arbitration board, would the Federal Court of Appeal, applying the standard of review generally appli-*

2. L'existence de la décision du conseil d'arbitrage, qu'on allègue être contradictoire à celle du CRTC, modifie-t-elle de quelque façon la réponse à la première question?

IV. Analyse

Il s'agit principalement ici de déterminer s'il peut être remédié au fait que deux tribunaux administratifs rendent des décisions contradictoires dans lesquelles les cours de justice ne s'immisceraient normalement pas du fait de la norme de contrôle généralement applicable à l'égard des tribunaux en question. Cette question a été examinée pour la première fois dans *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, où le conflit en question était de nature jurisprudentielle. Dans le cas qui nous occupe, on nous demande de considérer la même question à la lumière d'un conflit opérationnel né des décisions de deux tribunaux administratifs.

Notre Cour est saisie d'un pourvoi formé contre une décision de la Cour d'appel fédérale, qui a accueilli l'appel d'une décision du CRTC qu'on allègue être contradictoire à la décision antérieure d'un conseil d'arbitrage. Tant la décision du CRTC que celle du conseil d'arbitrage portaient sur l'installation de câbles sur la structure de soutènement de BC Tel par des entreprises de télédistribution.

Devant nous, les intimés ont fait valoir que l'annulation par la Cour d'appel fédérale de la décision 92-4 devait être maintenue pour le motif que le CRTC n'avait pas compétence pour rendre la décision en question. Les appelants, pour leur part, ont soutenu que la décision de la Cour d'appel fédérale devait être infirmée pour le motif que la décision 92-4 était une décision de principe valide relevant de la compétence du CRTC.

Pour résoudre l'essentiel du litige, il y a lieu de discuter des deux questions en litige exposées précédemment.

1. *N'eût été la décision rendue par le conseil d'arbitrage, la Cour d'appel fédérale, en utilisant la norme de contrôle généralement applicable aux*

cable to CRTC decisions, have been justified in interfering with the decision of the CRTC?

(a) Standard of Review

In determining the standard of review applicable to an administrative tribunal, a number of factors are relevant. Specifically, it is necessary to consider the tribunal's role or function, whether or not the tribunal is protected by a privative clause, the expertise of the tribunal, and the nature of the question considered by the tribunal.

In light of these factors, the courts have developed, as Iacobucci J. noted in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, "a spectrum [of standards of review] that ranges from the standard of reasonableness to that of correctness" (p. 590). Describing these two ends of the spectrum, Iacobucci J. stated (at p. 590):

At the reasonableness end of the spectrum, where deference is at its highest, are those cases where a tribunal protected by a true privative clause, is deciding a matter within its jurisdiction and where there is no statutory right of appeal

At the correctness end of the spectrum, where deference in terms of legal questions is at its lowest, are those cases where the issues concern the interpretation of a provision limiting the tribunal's jurisdiction (jurisdictional error) or where there is a statutory right of appeal which allows the reviewing court to substitute its opinion for that of the tribunal and where the tribunal has no greater expertise than the court on the issue in question

The case at hand concerns a specialized administrative tribunal, the CRTC, which possesses considerable expertise over the subject matter of its jurisdiction. However, despite the expertise of the CRTC, its decision in the case at hand is not protected by a privative clause and is, in fact, subject to an express statutory right of appeal. Nonetheless, it was clearly established in both *Pezim*, *supra*, and *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, that a specialized

décisions du CRTC, aurait-elle été justifiée d'intervenir dans la décision du CRTC?

a) La norme de contrôle

Pour déterminer la norme de contrôle applicable à l'égard d'un tribunal administratif, certains facteurs sont pertinents. Il y a d'abord lieu de considérer le rôle ou la fonction du tribunal, son domaine d'expertise et la nature de la question dont il a été saisi, et de déterminer s'il est protégé par une clause privative.

Tenant compte de ces facteurs, les tribunaux ont élaboré, ainsi que le juge Iacobucci l'a fait remarquer dans *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, «toute une gamme de normes [de contrôle] allant de celle de la décision manifestement déraisonnable à celle de la décision correcte» (p. 590). Décrivant les deux extrémités de la gamme, le juge Iacobucci a ajouté, à la p. 590:

Pour ce qui est des décisions manifestement déraisonnables, qui appellent la plus grande retenue, ce sont les cas où un tribunal protégé par une véritable clause privative rend une décision relevant de sa compétence et où il n'existe aucun droit d'appel prévu par la loi . . .

Quant aux décisions correctes où l'on est tenu à une moins grande retenue relativement aux questions juridiques, ce sont les cas où les questions en litige portent sur l'interprétation d'une disposition limitant la compétence du tribunal (erreur dans l'exercice de la compétence) ou encore les cas où la loi prévoit un droit d'appel qui permet au tribunal siégeant en révision de substituer son opinion à celle du tribunal, et où le tribunal ne possède pas une expertise plus grande que la cour de justice sur la question soulevée . . .

Dans l'affaire dont nous sommes saisis, le tribunal administratif spécialisé, le CRTC, possède une vaste expertise dans son domaine de compétence. Toutefois, malgré cette expertise, la décision du CRTC en cause n'est pas protégée par une clause privative et est, en fait, assujettie à un droit d'appel expressément prévu dans la loi. Néanmoins, il a été clairement établi dans *Pezim*, précité, et dans *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, qu'un tribunal spécialisé comme le

28

29

30

tribunal such as the CRTC, acting within its area of expertise and jurisdiction, is entitled to curial deference, even in the absence of a privative clause and the presence of a statutory right of appeal. For example, in *Bell Canada*, this Court, considering the appropriate standard of review from a decision of the CTC (which then exercised the regulatory powers of the *Railway Act*, in respect of telecommunications now exercised by the CRTC), stated, at p. 1746:

However, within the context of a statutory appeal from an administrative tribunal, additional consideration must be given to the principle of specialization of duties. Although an appeal tribunal has the right to disagree with the lower tribunal on issues which fall within the scope of the statutory appeal, curial deference should be given to the opinion of the lower tribunal on issues which fall squarely within its area of expertise. The *Canadian Pacific* case is an example of a situation where curial deference towards a decision of the Canadian Transport Commission involving the interpretation of a tariff was appropriate. [Emphasis added.]

Similarly, in *Pezim*, this Court stated at pp. 591-92:

[E]ven where there is no privative clause and where there is a statutory right of appeal, the concept of the specialization of duties requires that deference be shown to decisions of specialized tribunals on matters which fall squarely within the tribunal's expertise. This point was reaffirmed in *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316 (*Bradco*), where Sopinka J., writing for the majority, stated the following at p. 335:

... the expertise of the tribunal is of the utmost importance in determining the intention of the legislator with respect to the degree of deference to be shown to a tribunal's decision in the absence of a full privative clause. Even where the tribunal's enabling statute provides explicitly for appellate review, as was the case in *Bell Canada*, *supra*, it has been stressed that deference should be shown by the appellate tribu-

CRTC, qui agit dans les limites de son champ d'expertise et de sa compétence, doit faire l'objet d'une retenue judiciaire même lorsqu'il n'existe pas de clause privative et que la loi prévoit un droit d'appel. Ainsi, dans *Bell Canada*, notre Cour, considérant la norme de contrôle appropriée à l'égard d'une décision de la CCT (qui exerçait alors les pouvoirs de réglementation de la *Loi sur les chemins de fer* en matière de télécommunications, qui sont maintenant dévolus au CRTC), a écrit, à la p. 1746:

Toutefois, dans le contexte d'un appel prévu par la loi d'une décision d'un tribunal administratif, il faut de plus tenir compte du principe de la spécialisation des fonctions. Bien qu'un tribunal d'appel puisse être en désaccord avec le tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent du pouvoir d'appel prévu par la loi, les tribunaux devraient faire preuve de retenue envers l'opinion du tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent parfaitement de son champ d'expertise. L'affaire *Canadien Pacifique* est un exemple d'une situation où la décision de la Commission canadienne des transports sur une question d'interprétation d'un tarif a fait à bon droit l'objet de retenue judiciaire. [Je souligne.]

De même, dans l'arrêt *Pezim*, notre Cour a écrit aux pp. 591 et 592:

... même lorsqu'il n'existe pas de clause privative et que la loi prévoit un droit d'appel, le concept de la spécialisation des fonctions exige des cours de justice qu'elles fassent preuve de retenue envers l'opinion du tribunal spécialisé sur des questions qui relèvent directement de son champ d'expertise. Ce point a été confirmé dans l'arrêt *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316 (*Bradco*), dans lequel le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité, affirme, à la p. 335:

... son expertise [du tribunal] est de la plus haute importance pour ce qui est de déterminer l'intention du législateur quant au degré de retenue dont il faut faire preuve à l'égard de la décision d'un tribunal en l'absence d'une clause privative intégrale. Même lorsque la loi habilitante du tribunal prévoit expressément l'examen par voie d'appel, comme c'était le cas dans l'affaire *Bell Canada*, précitée, on a souligné qu'il y avait lieu pour le tribunal d'appel de faire preuve de retenue envers les opinions que le tribunal

nal to the opinions of the specialized lower tribunal on matters squarely within its jurisdiction.

On the other side of the coin, a lack of relative expertise on the part of the tribunal *vis-à-vis* the particular issue before it as compared with the reviewing court is a ground for a refusal of deference.

Accordingly, I conclude that the CRTC is entitled to curial deference with respect to questions of law within its area of jurisdiction and expertise. However, as regards jurisdictional questions and questions of law outside the CRTC's area of expertise, the CRTC is entitled to no deference and is to be reviewed on a standard of correctness.

In order to apply this standard of review to the case at hand, it is necessary to determine whether Decision 92-4 is within the area of expertise and jurisdiction of the CRTC.

(b) The Jurisdiction and Expertise of the CRTC

The CRTC is an independent regulatory authority established by the *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, R.S.C., 1985, c. C-22, in part, to exercise those powers relating to federally-regulated telephone companies as were set out, at the time of this appeal, in, *inter alia*, the *Railway Act* and the *NTPPA*, and as are presently contained in the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38. In the case at hand, I will be examining the jurisdiction of the CRTC as it existed in 1992, the year of Decision 92-4. Decision 92-4 was issued prior to the enactment of the *Telecommunications Act*. Accordingly, in discussing the CRTC's jurisdiction, I will refer to then applicable statutory provisions, which may have since been repealed and replaced by provisions in the *Telecommunications Act*. In this respect, I note that while the jurisdiction of the CRTC today, under the *Telecommunications Act*, is likely quite similar to that of the CRTC in 1992, it is not necessarily identical.

spécialisé de juridiction inférieure avait exprimées sur des questions relevant directement de sa compétence.

Par contre, lorsque, comparativement au tribunal d'examen, le tribunal administratif manque d'expertise relative en ce qui concerne la question dont il a été saisi, cela justifie de ne pas faire preuve de retenue.

Par conséquent, les cours de justice doivent faire preuve de retenue à l'égard du CRTC relativement aux questions de droit qui relèvent de son champ de compétence et d'expertise. Toutefois, en ce qui concerne les questions de compétence et les questions de droit étrangères à l'expertise du CRTC, les décisions de ce dernier ne bénéficient d'aucune déférence et doivent être contrôlées suivant la norme de l'absence d'erreur.

Pour appliquer cette norme de contrôle en l'espèce, il y a lieu de déterminer si la décision 92-4 relève du champ d'expertise et de compétence du CRTC.

(b) La compétence et l'expertise du CRTC

Le CRTC est un organisme de réglementation indépendant, établi par la *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-22, en partie pour exercer les pouvoirs qui se rapportent aux compagnies de téléphone assujetties à la réglementation fédérale, tels qu'ils étaient énoncés, au moment du présent pourvoi, notamment, dans la *Loi sur les chemins de fer* et la *LNAT*, et tels qu'ils sont présentement prévus dans la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38. En l'espèce, j'examinerai la compétence du CRTC telle qu'elle existait en 1992, année où il a rendu la décision 92-4, soit avant l'adoption de la *Loi sur les télécommunications*. Par conséquent, dans mon analyse de la compétence du CRTC, je me référerai aux dispositions législatives qui s'appliquaient alors, et qui peuvent depuis avoir été abrogées et remplacées par des dispositions de la *Loi sur les télécommunications*. À cet égard, je remarque que, si la compétence actuelle du CRTC sous le régime de la *Loi sur les télécommunications* est, selon toute vraisemblance, assez semblable à celle qu'il possédait en 1992, elle n'est pas nécessairement identique.

31

32

33

34 It is generally accepted by all the parties to these proceedings that, as part of its broad jurisdiction, the CRTC clearly had, at the time of Decision 92-4, the jurisdiction to (i) require telephone companies to allow cable companies to use their support structure and (ii) regulate the terms of the SSAs between the telephone companies and cable companies governing the terms of this use. These two basic components of the CRTC's jurisdiction are well established and are not the subject of dispute in the case at hand.

Il est généralement reconnu par toutes les parties à l'instance que, dans le cadre de sa vaste compétence, le CRTC était manifestement habilité, au moment où il a rendu la décision 92-4, (i) à exiger des compagnies de téléphone qu'elle permettent aux entreprises de télédistribution d'utiliser leur structure de soutènement et (ii) à réglementer les dispositions des accords conclus entre les compagnies de téléphone et les entreprises de télédistribution pour régir les modalités de cette utilisation. Ces deux aspects fondamentaux de la compétence du CRTC sont bien établis et ne font l'objet d'aucune contestation en l'espèce.

35 First, as regards the jurisdiction of the CRTC to require telephone companies to allow cable companies to use their support structure, the decision of the CTC in *Transvision, supra*, clearly established, as was noted by the Federal Court of Appeal (at p. 193), that "support structures were assets of a telephone company's public utility function required to be made available to other users on a regulated basis". (Emphasis added.)

Premièrement, en ce qui concerne la compétence du CRTC pour exiger des compagnies de téléphone qu'elles permettent aux entreprises de télédistribution d'utiliser leur structure de soutènement, la décision de la CCT dans *Transvision*, précitée, a clairement établi, ainsi que l'a fait remarquer la Cour d'appel fédérale (à la p. 193), que «les structures de soutènement étaient un bien de la compagnie de téléphone qui devait être mis à la disposition des autres usagers conformément à un règlement». (Je souligne.)

36 Second, the CRTC's jurisdiction to regulate the terms of the SSAs governing cable company use of telephone company support structures was clearly provided by ss. 335 and 340 of the *Railway Act*, as these sections read at the time of Decision 92-4:

Deuxièmement, la compétence du CRTC pour réglementer les dispositions des accords qui régissent l'utilisation par les entreprises de télédistribution des structures de soutènement des compagnies de téléphone était clairement formulée aux art. 335 et 340 de la *Loi sur les chemins de fer* en vigueur au moment de la décision 92-4:

335. (1) Notwithstanding anything in any other Act but subject to subsection (1.1), all telegraph and telephone tolls to be charged by a company are subject to the approval of the Commission and may be revised by the Commission from time to time.

335. (1) Nonobstant les dispositions de toute autre loi mais sous réserve du paragraphe (1.1), toutes les taxes de télégraphe et de téléphone que peut exiger une compagnie sont subordonnées à l'agrément de la Commission, qui peut les réviser.

...

...

(2) The company shall file with the Commission tariffs of any telegraph or telephone tolls to be charged, and the tariffs shall be in such form, size and style, and give such information, particulars and details, as the Commission by regulation or in any particular case prescribes.

(2) La compagnie dépose au bureau de la Commission les tarifs des taxes de télégraphe ou de téléphone à exiger, et ces tarifs ont la forme, le modèle et le format et contiennent les renseignements et les détails que la Commission prescrit par voie de règlement ou dans un cas particulier.

340. (1) All tolls shall be just and reasonable and shall always, under substantially similar circumstances

340. (1) Toutes les taxes doivent être justes et raisonnables et doivent toujours, dans des circonstances et

and conditions with respect to all traffic of the same description carried over the same route, be charged equally to all persons at the same rate.

(2) A company shall not, in respect of tolls or any services or facilities provided by the company as a telegraph or telephone company,

(a) make any unjust discrimination against any person or company,

(b) make or give any undue or unreasonable preference or advantage to or in favour of any particular person or company or any particular description of traffic, in any respect whatever, or

(c) subject any particular person or company or any particular description of traffic to any undue or unreasonable prejudice or disadvantage, in any respect whatever,

and where it is shown that the company makes any discrimination or gives any preference or advantage, the burden of proving that the discrimination is not unjust or that the preference is not undue or unreasonable lies on the company.

(3) The Commission may determine, as questions of fact, whether or not traffic is or has been carried under substantially similar circumstances and conditions, and whether there has, in any case, been unjust discrimination, undue or unreasonable preference or advantage, or prejudice or disadvantage, within the meaning of this section, or whether in any case the company has or has not complied with the provisions of this section or sections 335 to 339.

...

(4) The Commission may

(a) suspend or postpone any tariff of tolls or any portion thereof that in its opinion may be contrary to sections 335 to 339 or this section; and

(b) disallow any tariff of tolls or any portion thereof that it considers to be contrary to sections 335 to 339 or this section and require the company to substitute a tariff satisfactory to the Commission in lieu thereof or prescribe other tolls in lieu of any tolls so disallowed.

...

conditions sensiblement analogues, en ce qui concerne tout le trafic du même type suivant le même parcours, être imposées également à tous au même taux.

(2) Une compagnie ne peut, en ce qui concerne les taxes ou en ce qui concerne les services ou installations qu'elle fournit à titre de compagnie de télégraphe ou de téléphone:

a) établir de discrimination injuste contre une personne ou une compagnie;

b) instaurer ou accorder une préférence ou un avantage indu ou déraisonnable à l'égard ou en faveur d'une certaine personne ou d'une certaine compagnie ou d'un certain type de trafic, à quelque point de vue que ce soit;

c) faire subir à une certaine personne, une certaine compagnie ou un certain type de trafic un désavantage ou préjudice indu ou déraisonnable, à quelque point de vue que ce soit.

Lorsqu'il est démontré que la compagnie établit une discrimination ou accorde une préférence ou un avantage, il incombe à la compagnie de prouver que cette discrimination n'est pas injuste ou que cette préférence n'est pas indue ou déraisonnable.

(3) La Commission peut déterminer, comme questions de fait, si le trafic se fait ou s'est fait dans des circonstances et conditions sensiblement analogues et s'il y a eu, dans quelque cas que ce soit, une discrimination injuste, ou une préférence, un avantage, un préjudice ou un désavantage indu ou déraisonnable au sens du présent article ou si, dans quelque cas que ce soit, la compagnie s'est ou non conformée aux dispositions du présent article ou des articles 335 à 339.

...

(4) La Commission peut:

a) suspendre ou différer l'application de tout tarif de taxes ou toute partie de celui-ci qui, à son avis, peut être contraire aux dispositions des articles 335 à 339 ou du présent article;

b) rejeter tout tarif de taxes ou toute partie de celui-ci qu'elle considère être contraire aux dispositions des articles 335 à 339 ou du présent article, et sommer la compagnie d'y substituer un tarif satisfaisant pour la Commission ou prescrire d'autres taxes en remplacement de toutes taxes ainsi rejetées.

...

(5) In all other matters not expressly provided for in this section, the Commission may make orders with respect to all matters relating to traffic, tolls and tariffs or any of them.

(5) En toute autre matière non expressément prévue par le présent article, la Commission peut prendre des ordonnances au sujet de tout ce qui a trait au trafic, aux taxes et aux tarifs, ou à l'un d'eux.

37 Sections 335 and 340 effectively conferred upon the CRTC broad jurisdiction to regulate the tolls and tariffs of telephone companies, particularly with a view towards ensuring that telephone companies did not use their monopoly positions to confer undue preferences upon themselves or third parties. The definition of "toll" applicable with respect to ss. 335 and 340 was as follows:

"telephone toll" or "toll", when used with reference to telephone, means any toll, rate or charge to be charged by any company to the public or to any person, for the use or lease of a telephone system or line or any part thereof, for the transmission of a message by telephone, for installation and use or lease of any instruments, lines or apparatus attached to, or connected or interconnected in any manner whatever with, a telephone system, for any services provided by the company through the facilities of a telephone system or for any service incidental to a telephone business;

In light of the broad definition of "toll" described above, ss. 335 and 340 of the *Railway Act* clearly provided the CRTC, at the time of the issuance of Decision 92-4, with jurisdiction to regulate the terms of SSAs between cable companies and telephone companies, since such terms effectively amounted to "tolls" under the *Railway Act*.

Les articles 335 et 340 attribuaient effectivement au CRTC une vaste compétence pour régler les taxes et les tarifs des compagnies de téléphone, particulièrement en veillant à ce que ces dernières ne profitent pas de leur monopole pour s'accorder des préférences indues ou pour en accorder à des tiers. La définition de «taxe» applicable relativement aux art. 335 et 340 était la suivante:

«taxe de téléphone» ou «taxe» Relativement à un téléphone, les taxes, les tarifs ou la rémunération qu'une compagnie peut exiger du public ou d'une personne pour l'usage ou la location d'un réseau ou d'une ligne téléphonique, ou d'une partie de ce réseau ou de cette ligne, pour la transmission d'un message téléphonique, pour l'installation et l'usage ou la location d'instruments, de lignes ou d'appareils fixés, ou raccordés ou reliés de quelque manière que ce soit à un réseau téléphonique, pour tout service fourni par la compagnie au moyen des installations d'un réseau téléphonique, ou pour tout service se rattachant à l'exploitation du téléphone.

Si on se reporte à cette définition générale du terme «taxe», les art. 335 et 340 de la *Loi sur les chemins de fer* habilitaient sans contredit le CRTC, au moment où il a rendu la décision 92-4, à régler les dispositions des accords conclus entre les entreprises de télédistribution et les compagnies de téléphone puisque ces dispositions équivalaient en fait à des «taxes» sous le régime de la *Loi sur les chemins de fer*.

38 The only question of jurisdiction that is truly in dispute in the case at hand is whether or not the CRTC possessed the jurisdiction to determine which company, the cable company or the telephone company, would be responsible for the installation of a cable company's facilities on the telephone company's support structure. In my view, the CRTC clearly possessed such jurisdiction. First, I see this jurisdiction as a natural extension of the CRTC's jurisdiction to regulate tolls and tariffs under ss. 335 and 340 of the *Railway Act*. In my view, the determination of who is

L'unique question de compétence véritablement en litige en l'espèce est de savoir si le CRTC était compétent pour déterminer qui, de l'entreprise de télédistribution ou de la compagnie de téléphone, serait chargé de l'installation du matériel de l'entreprise de télédistribution sur la structure de soutien de la compagnie de téléphone. À mon avis, le CRTC avait manifestement compétence. D'une part, je vois cette compétence comme un prolongement naturel de la compétence du CRTC pour régler les taxes et les tarifs en vertu des art. 335 et 340 de la *Loi sur les chemins de fer*. À

responsible for the installation of the cable facilities is a necessary component of the regulation of the prices charged by the telephone companies for cable company access to their support structure. Consequently, I find that the authority to make this determination was included in the CRTC's regulatory jurisdiction under ss. 335 and 340 of the *Railway Act*.

Second, even if one were to adopt a narrow interpretation of tolls and tariffs which excluded the determination of who is responsible for the installation of the cable company's facilities on the telephone company's support structure, in my view, the CRTC would still have had jurisdiction to determine who does the installation work in question by virtue of the portion of s. 340 of the *Railway Act* which, at the time of Decision 92-4, provided the CRTC with jurisdiction to prevent a telephone company from conferring upon itself or another company an undue or unreasonable preference or advantage "in respect of . . . any services or facilities provided by the company as a telegraph or telephone company". Under this provision, to the extent that retention by BC Tel of an exclusive right to install cable company facilities would have constituted an undue preference, the CRTC would have had the jurisdiction to require that the telephone company permit the cable company to use its own contractors to perform the installation work. Thus, the question becomes whether or not the CRTC, in reaching Decision 92-4, found that the retention by BC Tel of an exclusive right to perform the installation work in question constituted an undue preference within the meaning of s. 340. In this respect, the respondents argue that the CRTC made no explicit finding of undue preference. I agree with the respondents that no explicit finding of undue preference was made but conclude that such a finding was nonetheless implicit in Decision 92-4. For example, in Decision 92-4, the CRTC stated:

Under its enabling legislation, the Commission is charged with the duty of ensuring that rates are just and reasonable, that they are not unjustly discriminatory and

mon avis, la question de savoir qui est chargé de l'installation des câbles est une composante essentielle de la réglementation des prix exigés par les compagnies de téléphone en contrepartie de l'accès à leur structure de soutènement accordé aux entreprises de télédistribution. Le pouvoir de prendre une décision à cet égard était donc puisé dans la compétence de réglementation que les art. 335 et 340 de la *Loi sur les chemins de fer* attribuait au CRTC.

D'autre part, même si l'on devait privilégier une interprétation stricte des termes taxes et tarifs qui exclurait le pouvoir de déterminer qui est chargé de l'installation du matériel de l'entreprise de télédistribution sur la structure de soutènement de la compagnie de téléphone, à mon avis, le CRTC aurait quand même compétence pour déterminer qui effectue l'installation en question en vertu de cette partie de l'art. 340 de la *Loi sur les chemins de fer* qui, à l'époque où a été rendue la décision 92-4, habilitait le CRTC à empêcher les compagnies de téléphone de s'accorder ou d'accorder à une autre compagnie une préférence ou un avantage indus ou déraisonnables «en ce qui concerne [. . .] les services ou installations qu'elle fournit à titre de compagnie de télégraphe ou de téléphone». Conformément à cette disposition, dans la mesure où le maintien par BC Tel d'un droit exclusif d'installer le matériel des entreprises de télédistribution aurait constitué une préférence induue, le CRTC aurait été habilité à enjoindre à la compagnie de téléphone de permettre à l'entreprise de télédistribution de recourir à ses propres entrepreneurs pour effectuer l'installation. Aussi, la question est-elle alors de savoir si, lorsqu'il a rendu la décision 92-4, le CRTC a conclu que le fait pour BC Tel de se réserver le droit exclusif d'effectuer les travaux d'installation en question constituait une préférence induue au sens de l'art. 340. À cet égard, les intimés soutiennent que le CRTC n'a tiré aucune conclusion explicite de préférence induue. J'en conviens, mais, à mon avis, il a tiré cette conclusion implicitement dans la décision 92-4. En effet, il a écrit:

Selon sa loi habilitante, le Conseil doit veiller à ce que les tarifs soient justes et raisonnables, à ce qu'ils ne soient pas injustement discriminatoires et à ce qu'ils ne

do not confer an undue preference. In accordance with this mandate, the Commission has consistently held that CATV [Cable TV] licensees are entitled to access B.C. Tel's support structures, subject to certain terms and conditions.

40 In my view, such an implicit finding of undue preference is sufficient. Accordingly, I conclude that the CRTC had the necessary jurisdiction, at the time of the issuance of Decision 92-4, to determine which company, the cable company or the telephone company, was to perform the installation of cable wires on the telephone company's support structure. Furthermore, I find that such a determination, while incidentally affecting labour relations, is not, in pith and substance, a matter of labour relations. Instead, it is an important component of the regulation of telephone companies which is within both the jurisdiction and the expertise of the CRTC.

41 The above conclusion flows naturally from *Transvision, supra*, the initial case which established the CRTC's jurisdiction (then the CTC's jurisdiction) to require a telephone company to allow a cable company to use its support structure. In *Transvision*, the CTC grounded its jurisdiction to make such an order in then s. 317 of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2. Section 317 read as follows, and was substantially the same (although renumbered as s. 326) at the time of the issuance of Decision 92-4:

317. (1) Lines, wires, other conductors, or other structures or appliances for telegraphic or telephonic purposes, or for the conveyance of power or electricity for other purposes, shall not, without leave of the Commission, except as provided in subsection (5), be constructed or maintained

(a) along or across a railway, by any company other than the railway company owning or controlling the railway, or

confèrent pas de préférence indue. En vertu de ce mandat, le Conseil a toujours jugé que les titulaires de télédistribution ont le droit d'accéder aux structures de soutènement de la B.C. Tel, sous réserve de certaines modalités.

À mon avis, pareille conclusion implicite de préférence indue suffit. Pour cette raison, j'estime que le CRTC avait la compétence nécessaire, au moment où il a rendu la décision 92-4, pour déterminer qui, de l'entreprise de télédistribution ou de la compagnie de téléphone, devait installer les câbles sur la structure de soutènement de la compagnie de téléphone. Par ailleurs, selon moi, bien qu'elle se rapporte de façon incidente aux relations du travail, une telle décision n'est pas, de par son caractère véritable, une question de relations du travail. Il s'agit plutôt d'un élément important de la réglementation des compagnies de téléphone qui relève tant de la compétence que de l'expertise du CRTC.

Cette conclusion découle inévitablement de l'arrêt *Transvision*, précité, où on a établi pour la première fois la compétence du CRTC (alors celle de la CCT) d'exiger qu'une compagnie de téléphone permette à une entreprise de télédistribution d'utiliser sa structure de soutènement. Dans *Transvision*, la CCT a fondé sa compétence pour rendre une telle ordonnance sur l'art. 317 de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, ch. R-2, alors en vigueur. Cet article se lisait comme suit, et était essentiellement identique (bien qu'il soit devenu l'art. 326) au moment où la décision 92-4 a été rendue:

317. (1) Sauf de la manière prévue au paragraphe (5), il ne peut être érigé ni maintenu, sans la permission de la Commission, de lignes, fils métalliques, d'autres conducteurs ou d'autres structures ou appareils de transmission téléphonique ou télégraphique, ou servant à la transmission de la force motrice ou de l'électricité employée à d'autres objets,

a) le long ou en travers d'un chemin de fer, par une autre compagnie que la compagnie de chemin de fer possédant ou contrôlant le chemin de fer, ou

(b) across or near other such lines, wires, conductors, structures or appliances that are within the legislative authority of the Parliament of Canada.

(2) Upon any application for such leave, the applicant shall submit to the Commission a plan and profile of the part of the railway or other work proposed to be affected, showing the proposed location and the proposed works.

(3) The Commission may grant the application and may order the extent to which, by whom, how, when, on what terms and conditions, and under what supervision, the proposed works may be executed.

(4) Upon such order being made the proposed works may be constructed and maintained subject to and in accordance with such order.

(5) Leave of the Commission under this section is not necessary . . . when works have been or are to be constructed or maintained by consent and in accordance with any general orders, regulations, plans or specifications adopted or approved by the Commission for such purposes.

In *Transvision*, the CTC found that s. 317 provided it with jurisdiction to regulate the construction of cable wires alongside (“near”) telephone wires (“wires . . . within the legislative authority of the Parliament of Canada”). Furthermore, it found that since s. 326(3) permitted it to “order the extent to which, by whom, how, when, on what terms and conditions, and under what supervision, the proposed works [in this case, the installation of cable wires] may be executed”, it had the jurisdiction to order that the proposed works be executed by attaching the cable wires to telephone company support structures. Given this reasoning, it appears logical to conclude that s. 326(3) would also have provided the CRTC with jurisdiction to regulate the terms of the SSAs between telephone companies and cable companies governing the scope and cost of cable company use of telephone company

b) en travers ou près d’autres semblables lignes, fils métalliques, conducteurs, structures ou appareils qui relèvent de l’autorité législative du Parlement du Canada.

(2) En faisant la demande d’autorisation à cet effet, le requérant doit soumettre à la Commission un plan et un profil de la partie du chemin de fer ou des autres ouvrages visés par ce projet, et indiquant l’emplacement projeté et les travaux projetés.

(3) La Commission peut accorder cette autorisation et par ordonnance régler dans quelle mesure, par qui, de quelle manière, à quelle époque, à quelles conditions et sous quel contrôle ces travaux doivent être exécutés.

(4) Une fois cette ordonnance rendue, ces ouvrages peuvent être exécutés et entretenus sous réserve et en conformité de l’ordonnance.

(5) Une autorisation de la Commission sous le régime du présent article n’est pas nécessaire [. . .] dans les cas où des ouvrages ont été ou doivent être construits ou entretenus du consentement de la Commission et conformément à ses ordonnances générales et à ses règlements, ainsi qu’aux plans ou devis qu’elle a adoptés ou approuvés.

Dans *Transvision*, la CCT a conclu que l’art. 317 l’habilitait à réglementer la construction de câbles le long («près») de câbles de téléphone («fils métalliques [. . .] qui relèvent de l’autorité législative du Parlement du Canada»). En outre, elle a conclu que, puisqu’en vertu du par. 326(3) elle pouvait, «par ordonnance régler dans quelle mesure, par qui, de quelle manière, à quelle époque, à quelles conditions et sous quel contrôle ces travaux [en l’espèce, l’installation de câbles] doivent être exécutés», elle avait compétence pour ordonner que les travaux projetés soient exécutés par le raccordement des câbles aux structures de soutènement de la compagnie de téléphone. Suivant ce raisonnement, il paraît logique de conclure que le par. 326(3) aurait également habilité le CRTC à réglementer les dispositions des accords conclus entre les compagnies de téléphone et les entreprises de télédistribution pour régir l’étendue et le coût de l’utilisation par l’entreprise de télédistribution des structures de soutènement de la

support structures, including the jurisdiction to determine "by whom" the work is done.

43 In fact, given the broad and important policy mandate of the CRTC it is, in my view, difficult to contemplate permitting the CRTC to mandate cable company access to telephone company infrastructure and not allowing the CRTC to mandate the quality of such access. The two go hand in hand. In this respect, the new *Telecommunications Act* contains the following provision:

43. . . .

(5) Where a person who provides services to the public cannot, on terms acceptable to that person, gain access to the supporting structure of a transmission line constructed on a highway or other public place, that person may apply to the Commission for a right of access to the supporting structure for the purpose of providing such services and the Commission may grant the permission subject to any conditions that the Commission determines.

44 For all the reasons outlined above, it is my view that in issuing Decision 92-4, the CRTC was acting within its area of jurisdiction and expertise. The CRTC is therefore entitled to curial deference by a court reviewing Decision 92-4 through a statutory right of appeal. Accordingly, since the CRTC decision was reasonable, and this appears not to be contested by any of the parties, I conclude that, absent the decision of the arbitration board, it would have been inappropriate for the Federal Court of Appeal, applying the normal standard of review, to have interfered with the decision of the CRTC.

2. *Was the Federal Court of Appeal justified in interfering with the decision of the CRTC in light of the fact that it allegedly conflicts with the decision of the arbitration board?*

45 It is argued that even if the Federal Court of Appeal would not have normally been justified in interfering with the decision of the CRTC, such interference becomes justified in light of the conflict between the decisions of the CRTC and the arbitration board.

compagnie de téléphone, y compris la compétence pour déterminer «par qui» le travail doit être effectué.

En fait, étant donné le mandat fondamental et général du CRTC, on peut difficilement, à mon avis, envisager de permettre au CRTC de réglementer l'accès des entreprises de télédistribution à l'infrastructure de la compagnie de téléphone sans lui permettre de réglementer la nature de cet accès. Les deux sont indissociables. À cet égard, la nouvelle *Loi sur les télécommunications* prévoit ce qui suit:

43. . . .

(5) Lorsqu'il ne peut, à des conditions qui lui sont acceptables, avoir accès à la structure de soutien d'une ligne de transmission construite sur une voie publique ou un autre lieu public, le fournisseur de services au public peut demander au Conseil le droit d'y accéder en vue de la fourniture de ces services; le Conseil peut assortir l'autorisation des conditions qu'il juge indiquées.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis qu'en rendant la décision 92-4, le CRTC agissait dans les limites de sa compétence et de son expertise. Il doit donc bénéficier d'une retenue judiciaire de la part de la cour de justice qui contrôle la décision 92-4 conformément à un droit d'appel conféré par la loi. Par conséquent, puisque la décision du CRTC était raisonnable, ce qu'aucune des parties ne semble contester, je conclus qu'en l'absence de la décision du conseil d'arbitrage, il aurait été inopportun pour la Cour d'appel fédérale, appliquant la norme habituelle de contrôle, d'intervenir dans la décision du CRTC.

2. *La Cour d'appel fédérale était-elle justifiée d'intervenir dans la décision du CRTC compte tenu du fait qu'elle serait contradictoire à celle du conseil d'arbitrage?*

On soutient que même si, normalement, la Cour d'appel fédérale n'avait pas été justifiée d'intervenir dans la décision du CRTC, cette intervention se justifie étant donné le conflit qui existe entre la décision du CRTC et celles du conseil d'arbitrage.

In response to this argument, I begin by noting that there are various different kinds and degrees of conflicts that can exist between decisions of administrative tribunals. In *Domtar, supra*, this Court considered one such type of conflict and determined that it did not justify an abandonment of judicial deference. *Domtar* concerned the judicial review of an administrative tribunal decision on the ground that it was jurisprudentially inconsistent with that of another tribunal. A motion for evocation was filed with respect to a decision of the Commission d'appel en matière de lésions professionnelles ("CALP"). The decision of the CALP centred around the interpretation of s. 60 of Quebec's *Act respecting Industrial Accidents and Occupational Diseases*, R.S.Q., c. A-3.001 ("AIAOD"). The CALP was protected by a full privative clause. Since it was clear that the CALP had acted within its jurisdiction and that its decision was not patently unreasonable, the motion would normally have failed. However, the applicant *Domtar Inc.* argued that the decision of CALP was inconsistent with a decision of the Quebec Labour Court, also acting within jurisdiction, interpreting the same s. 60. Consequently, the applicant argued that the courts should interfere to settle the inconsistency and render the law certain. Writing on behalf of a unanimous court, I questioned whether there actually was a jurisprudential conflict between the decisions of the CALP and the Quebec Labour Court. However, I then went on to find that even had such a conflict existed, it would not have been sufficient to justify an abandonment of generally applicable principles of curial deference.

It is important to underline, however, that *Domtar* dealt with a relatively minor type of conflict between administrative tribunals concerning the interpretation of a section of an Act. While the CALP and the Quebec Labour Court decisions at issue in *Domtar* employed inconsistent interpretations of s. 60 AIAOD, they did not directly conflict in result, in that it was possible to fully implement both decisions. Thus, this Court decided not to interfere with the decisions of the two tribunals.

À cet argument, je répondrai d'abord que les conflits entre les décisions de tribunaux administratifs peuvent se présenter sous différentes formes et à divers degrés. Dans *Domtar*, précité, notre Cour a considéré un genre de conflit semblable et déterminé qu'il ne justifiait pas qu'on mette de côté la retenue judiciaire. *Domtar* concernait un contrôle judiciaire de la décision d'un tribunal administratif demandé pour le motif qu'elle entraînait en conflit jurisprudentiel avec celle d'un autre tribunal. Une requête en évocation avait été déposée relativement à une décision de la Commission d'appel en matière de lésions corporelles («CALP»). La décision de la CALP portait sur l'interprétation de l'art. 60 de la *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001 («LATMP»). La CALP était protégée par une clause privative complète. Puisque, de toute évidence, elle avait agi dans les limites de sa compétence et que sa décision n'était pas manifestement déraisonnable, la requête aurait normalement échoué. Or, la requérante *Domtar Inc.* a fait valoir que la décision de la CALP entraînait en conflit avec une décision du Tribunal du travail du Québec, qui avait également agi dans les limites de sa compétence dans l'interprétation du même art. 60. La requérante a donc fait valoir que les cours de justice devaient intervenir pour dissiper la contradiction et confirmer le droit. M'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, je me suis demandée s'il y avait effectivement conflit jurisprudentiel entre la décision de la CALP et celle du Tribunal du travail du Québec. J'ai ensuite conclu, cependant, que même si un tel conflit avait existé, il n'aurait pas été suffisant pour justifier qu'on laisse de côté les principes généralement applicables de la retenue judiciaire.

Il est important, toutefois, de souligner que, dans l'arrêt *Domtar*, le conflit entre tribunaux administratifs concernant l'interprétation d'une disposition d'une loi était relativement mineur. Si elles donnaient des interprétations contradictoires de l'art. 60 LATMP, les décisions de la CALP et du Tribunal du travail du Québec en cause dans *Domtar* n'entraient toutefois pas en conflit direct dans leur résultat puisqu'il était possible de les mettre toutes deux à exécution intégralement. Aussi, notre Cour

However, the situation is considerably different where the conflict between administrative tribunal decisions is more serious. The most serious type of conflict arises where administrative tribunals reach operationally irreconcilable decisions (hereinafter referred to as an "operational conflict"). This will occur where compliance with the decision of one tribunal necessitates violation of the other tribunal's decision. Such a result places a person in an intolerable situation. He or she has no choice but to ignore one of the operationally conflicting orders. In such circumstances, it is, in my view, the responsibility of the courts, exercising their inherent jurisdiction, to determine which of the two conflicting decisions should take precedence.

48 Of course, the first step in determining which of the conflicting decisions should take precedence is to determine whether either decision, absent the other, could be overturned applying the standard of review generally applicable to that decision. In the case at hand, I have already found that, absent the decision of the arbitration board, the decision of the CRTC would not normally be interfered with by a reviewing court. Similarly, the labour arbitration board's decision in the case at hand would also not normally be interfered with by a reviewing court.

49 Once it is concluded that both conflicting decisions would, absent the other, normally withstand an application for judicial review or an appeal, the question which remains is whether the courts should be willing to interfere in order to resolve the conflict. I believe that where there is a true operational conflict, the courts must be willing to take some such action.

50 In this respect, a parallel can be drawn with the doctrine of paramountcy in constitutional law. As early as 1883, the Privy Council acknowledged, in *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, that it will sometimes be possible for both the provincial and federal governments to legislate with respect to the same subject matter, albeit for different purposes. In order to address the possibility of

a-t-elle décidé de ne pas intervenir dans les décisions des deux tribunaux. Cependant, la situation est fort différente lorsque le conflit entre les décisions de tribunaux administratifs est plus marqué. La forme de conflit la plus grave survient lorsque les tribunaux administratifs rendent des décisions inconciliables sur le plan opérationnel (appelées ci-après «conflit opérationnel»). C'est le cas lorsque le respect de la décision d'un tribunal emporte violation de la décision de l'autre. Un tel résultat place une personne dans une situation intolérable. Elle n'a alors d'autre choix que de faire fi de l'une des ordonnances conflictuelles sur le plan opérationnel. Dans de telles circonstances, je suis d'avis qu'il appartient aux cours de justice de déterminer, dans l'exercice de leur compétence inhérente, laquelle des deux décisions contradictoires doit prévaloir.

Bien entendu, la première étape à cet égard consiste à décider si l'une ou l'autre décision, prise isolément, pourrait être écartée si on appliquait la norme de contrôle généralement applicable à cette décision. Dans le cas qui nous occupe, j'ai déjà conclu que n'eût été la décision du conseil d'arbitrage, le tribunal d'examen n'interviendrait pas généralement dans la décision du CRTC. De même, la décision du conseil d'arbitrage en l'espèce ne ferait normalement l'objet d'aucune intervention judiciaire.

Une fois qu'on a conclu que les deux décisions contradictoires résisteraient à une demande de contrôle judiciaire ou à un appel en l'absence de l'autre, il reste à savoir si les tribunaux devraient être disposés à intervenir afin de résoudre le conflit. J'estime qu'en présence d'un véritable conflit opérationnel, les tribunaux ne doivent pas hésiter à intervenir.

À cet égard, on peut établir un parallèle avec la théorie de la prépondérance en droit constitutionnel. Dès 1883, le Conseil privé a reconnu, dans *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, qu'il sera parfois possible pour les gouvernements provinciaux et fédéral d'adopter une loi sur un même sujet, à des fins toutefois différentes. Pour prévenir le risque que des lois entrent en conflit, on a éla-

conflicting legislation, the doctrine of paramountcy was developed. Accordingly, where both the provincial and federal governments pass valid legislation that conflict with one another, the federal legislation takes precedence and the provincial legislation is rendered inoperative to the extent that it is inconsistent with the federal legislation.

In my view, the constitutional doctrine of paramountcy can be adapted to the administrative law context and applied in situations where administrative tribunals reach operationally conflicting decisions. Thus, just as the courts can declare inoperative provincial legislation, validly enacted and within provincial jurisdiction, to the extent that such legislation conflicts with equally valid federal legislation, the courts should be able to declare inoperative decisions or orders, validly reached, of administrative tribunals to the extent that they are in operational conflict with decisions or orders, also validly reached, of other administrative tribunals. Such judicial action is, in my view, not only necessary, but consistent with legislative intent.

There is a fundamental interpretative principle of rationality that is to be applied in interpreting legislation. In *Alberta Power Ltd. v. Alberta (Public Utilities Board)* (1990), 72 Alta. L.R. (2d) 129, at p. 144, the Alberta Court of Appeal referred to this basic principle as the “presumption of legislative coherence”:

There is no doubt that there exists a presumption of legislative coherence; an interpretation which fosters inconsistency or repugnancy between provisions in different statutes is to be avoided: Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (1983), at p. 66; Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at pp. 269, 274. It is not enough, however, that the two statutes deal “somewhat differently” with the same subject matter; inconsistency requires that the provisions cannot stand together: *Toronto Ry. v. Paget* (1909), [42] S.C.R. 488 at 499, per Anglin J.; *Ottawa v. Eastview*, [[1941] S.C.R. 448 at 462].

Thus, where a legislature enacts two statutes whose provisions appear to be in operational con-

boré la théorie de la prépondérance. Ainsi, lorsqu'un gouvernement provincial et le gouvernement fédéral adoptent des lois valides qui entrent en conflit, la loi fédérale a priorité et la loi provinciale est rendue inopérante dans la mesure où elle est contradictoire avec la loi fédérale.

À mon avis, la théorie de la prépondérance en droit constitutionnel peut être adaptée au droit administratif et appliquée dans des situations où des tribunaux administratifs rendent des décisions qui sont en conflit opérationnel. Donc, puisqu'elles peuvent déclarer inopérante une loi provinciale adoptée validement et dans les limites de la compétence provinciale dans la mesure où cette loi entre en conflit avec une loi fédérale également valide, les cours de justice devraient tout autant pouvoir déclarer inopérantes les décisions ou ordonnances rendues validement par des tribunaux administratifs dans la mesure où elles sont en conflit opérationnel avec les décisions et ordonnances, tout aussi valides, rendues par d'autres tribunaux administratifs. Pareille mesure judiciaire est à mon avis non seulement nécessaire, mais également conforme à l'intention du législateur.

Il existe un principe fondamental de rationalité qui doit être appliqué dans l'interprétation de la législation. Dans *Alberta Power Ltd. c. Alberta (Public Utilities Board)* (1990), 72 Alta. L.R. (2d) 129, à la p. 144, la Cour d'appel de l'Alberta a appelé ce principe fondamental la «présomption de cohérence législative»:

[TRADUCTION] Nul doute qu'il existe une présomption de cohérence législative; il faut éviter l'interprétation qui favorise une contradiction ou incompatibilité entre certaines dispositions de différentes lois: Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (1983), à la p. 66; Côté, *Interprétation des lois* (1982), aux pp. 293 et 298. Par contre, il ne suffit pas que les deux lois traitent «de façon quelque peu différente» du même objet; des dispositions sont incompatibles si elles ne peuvent pas coexister: *Toronto Ry. c. Paget* (1909), [42] R.C.S. 488, à la p. 499, le juge Anglin; *Ottawa c. Eastview*, [[1941] R.C.S. 448, à la p. 462].

Ainsi, lorsqu'une législature adopte deux lois dont les dispositions paraissent entrer en conflit opéra-

51

52

flict (i.e., where compliance with one necessitates violation of the other), the courts will attempt to interpret the statutes so as to eliminate the operational conflict. Similarly, it is my view that where the legislature creates two administrative tribunals which reach decisions that are in operational conflict, the "presumption of legislative coherence" requires the courts to abandon policies of curial deference and attempt to reconcile the conflict.

53 This said, it is important to note that such an abandonment of curial deference is only appropriate in those few cases where there is true operational irreconcilability of administrative decisions. Conflicts should not be sought out or artificially created by the courts as a justification for judicial interference. Instead, judicial interference should only be contemplated where it is impossible to comply with two administrative decisions in that they are in direct operational conflict.

54 In such limited circumstances, courts have the necessary jurisdiction to review the conflicting administrative decisions and such jurisdiction is not ousted by privative clauses. Furthermore, courts should exercise this jurisdiction and, in the rare cases where two valid, yet operationally conflicting, administrative decisions are issued, determine which of the two decisions will take precedence.

55 This then, brings me to the more complicated issue of how the courts are to determine which of the two conflicting decisions should take precedence. In this respect, the courts should employ a "pragmatic and functional" approach similar to the one used in determining the initial jurisdiction of each of the administrative tribunals (*Bibeault, supra*). Effectively, the courts must determine, in light of the policy scheme surrounding each of the administrative tribunals and the nature of each of the conflicting decisions, which of the decisions the legislature would have intended to take precedence. This is an extremely difficult, and some would argue, a nearly impossible determination. However, in cases of true operational conflict, it must be made. If the courts do not make the determination, then individuals, faced with operation-

tionnel (c'est-à-dire que le respect de l'une emporte violation de l'autre), les tribunaux tenteront d'interpréter les lois de façon à éliminer le conflit opérationnel. De même, je suis d'avis que lorsque la législature crée deux tribunaux administratifs qui rendent des décisions qui sont en conflit opérationnel, la «présomption de cohérence législative» requiert que les tribunaux laissent tomber le principe de retenue judiciaire et tentent de résoudre le conflit.

Cela étant dit, il importe de faire remarquer que la décision d'abandonner la retenue judiciaire n'est justifiée que dans les quelques cas où il existe une véritable incompatibilité opérationnelle dans les décisions administratives. Les tribunaux ne devraient pas se mettre à la recherche de conflits ou en créer artificiellement pour justifier une intervention. Ils ne doivent envisager l'intervention que si un conflit opérationnel réel rend impossible le respect des deux décisions administratives.

Dans ces rares circonstances, les tribunaux ont la compétence nécessaire pour contrôler les décisions administratives contradictoires et cette compétence n'est pas évincée par l'existence de clauses privatives. En outre, les tribunaux devraient exercer leur compétence et, dans les rares cas où deux décisions administratives valides, quoique conflictuelles sur le plan opérationnel, sont rendues, déterminer laquelle doit prévaloir.

J'en viens maintenant à la question plus complexe de la façon dont les cours de justice doivent déterminer laquelle des deux décisions contradictoires doit prévaloir. À cet égard, elles devraient avoir recours à une analyse «pragmatique et fonctionnelle» semblable à celle qu'on utilise pour déterminer la compétence initiale de chaque tribunal administratif (*Bibeault, précité*). En fait, elles doivent déterminer, à la lumière du cadre dans lequel fonctionne chacun des tribunaux administratifs et de la nature de chacune des décisions contradictoires, à quelle décision la législature aurait souhaité donner priorité. C'est là une décision extrêmement difficile que d'aucuns qualifieraient de presque impossible. Toutefois, dans les cas de véritable conflit opérationnel, on ne peut s'y dérober. Si les cours de justice s'abstiennent de prendre

ally conflicting decisions by administrative tribunals, will be forced to make the determination themselves. In my view, it is better that this determination, despite its difficulty, be made by the courts, acting in the public interest, as opposed to by individuals, acting in their own self-interest. In making the determination of which decision takes precedence, the courts should, in my opinion, consider several factors.

First, the courts should consider the legislative purpose behind the establishment of each administrative tribunal. The more important a tribunal's purpose, the more likely the government would have intended that tribunal's decision to take precedence over that of another tribunal. For example, human rights legislation is considered quasi-constitutional. Consequently, all other factors being equal, decisions of human rights tribunals would generally take precedence over conflicting decisions based on other, less fundamental, administrative schemes.

A second relevant factor is the extent to which an administrative tribunal's decision is central to the purpose of that tribunal. The more central a decision is to the purpose of the administrative tribunal that made it, the more likely it should take precedence over a decision by another administrative tribunal that is less central to that second tribunal's purpose.

A third relevant factor is the degree to which an administrative tribunal, in reaching a decision, is fulfilling a policy-making or policy implementation role. The greater the connection between a decision and a tribunal's policy-making or policy implementation role, the more likely that decision should take precedence over a decision of another tribunal that has a less significant policy-making or policy implementation component.

Of course, the above is not meant to be a complete articulation of all relevant factors. Such a list can only be developed over time, as the courts consider new fact situations. Instead, it is meant to

une décision, les citoyens, se trouvant en face de décisions de tribunaux administratifs qui sont en conflit opérationnel, seront forcés de prendre cette décision eux-mêmes. À mon avis, il est préférable que, malgré la difficulté qu'elle présente, cette décision soit prise par les cours de justice dans l'intérêt public, par opposition aux citoyens qui agissent dans leur propre intérêt. Pour déterminer quelle décision a priorité, les cours de justice devraient, à mon sens, considérer différents facteurs.

Elles devraient, premièrement, examiner l'objectif législatif qui sous-tend la création de chacun des tribunaux administratifs. Plus l'objectif d'un tribunal est important, plus il est probable que le gouvernement aurait souhaité que la décision de ce tribunal l'emporte sur celle d'un autre. Par exemple, les lois sur les droits de la personne sont considérées comme étant quasi constitutionnelles. Par conséquent, tous autres facteurs étant égaux, les décisions des tribunaux des droits de la personne auraient en général priorité sur les décisions contradictoires fondées sur des régimes administratifs moins fondamentaux.

Il convient, deuxièmement, de voir dans quelle mesure la décision d'un tribunal administratif est au cœur même de son objectif. Plus la décision est au cœur de l'objectif du tribunal administratif qui l'a rendue, plus il est probable qu'elle doive l'emporter sur la décision d'un autre tribunal administratif qui l'est moins.

Troisièmement, il y a lieu de considérer dans quelle mesure, lorsqu'il rend une décision, le tribunal administratif assume un rôle d'élaboration et de mise en œuvre d'une politique. Plus le lien entre une décision et ce rôle du tribunal est étroit, plus il est probable que la décision doive avoir priorité sur celle d'un autre tribunal dont la fonction d'élaboration et de mise en œuvre d'une politique est moins importante.

La liste des facteurs pertinents ne se veut évidemment pas exhaustive. Cette liste ne peut que s'élaborer au fil des ans, au fur et à mesure que les tribunaux se pencheront sur des situations fac-

56

57

58

59

outline some of the factors that may be relevant in determining which administrative tribunal's decision should take precedence. In any particular case, some or all of the aforementioned factors, as well as additional factors, may be relevant. Ultimately, the question must be resolved by determining which tribunal's decision the legislature would have intended to take precedence.

3. *Application to the Case at Hand*

60

Assuming, for the moment, that there is a true operational conflict between the decision of the CRTC and that of the arbitration board, it is necessary to apply the aforementioned test to the case at hand in order to determine which decision is to take precedence. As I mentioned above, the thrust of this test is to determine which of the two conflicting decisions the legislature would have intended to take precedence. In my view, the answer to this question is quite clear. The CRTC, in requiring BC Tel to let cable companies install their own facilities on BC Tel's support structure, was implementing a policy decision. It decided that, in order to fulfil Parliament's intention of regulating monopoly service providers in the public interest, such a requirement had to be imposed on BC Tel. In doing so, the CRTC restricted the activity BC Tel was authorized to engage in. The labour arbitration board, on the other hand, was merely interpreting a private contract relating to the internal arrangements made by BC Tel to carry out the activities assigned to it. While there is no doubt that the labour arbitration board, in reaching its decision, was serving an important purpose, this does not change the fact that its task was to interpret an essentially private contract. The parties to this contract could not extend, whether intentionally or innocently, the scope of BC Tel's authorized activities as fixed by the CRTC to affect third parties. The latter's decision therefore governs. Viewed otherwise, the CRTC's decision was also an expression of that tribunal's policy-making function, the decision of the labour arbitration board was not. In my view, where two equally valid decisions of administrative tribunals are in operational conflict, precedence must be given to the decision which represents an expression of one

tuelles nouvelles. Elle vise plutôt à exposer certains des facteurs qui peuvent être pertinents pour déterminer quelle décision d'un tribunal administratif doit avoir priorité. Dans un cas donné, certains de ces facteurs, ou même tous, peuvent être pertinents, et d'autres peuvent s'y ajouter. À la fin, il faut résoudre la question en déterminant à quelle décision d'un tribunal la législature aurait souhaité que la priorité soit accordée.

3. *Application à la présente affaire*

Si l'on tient pour acquis à cette étape-ci qu'il existe un véritable conflit opérationnel entre la décision du CRTC et celle du conseil d'arbitrage, il y a lieu d'appliquer le test exposé précédemment à l'espèce pour déterminer quelle décision doit prévaloir. Ainsi que je l'ai déjà mentionné, ce test vise à déterminer à laquelle des deux décisions contradictoires la législature aurait souhaité que la priorité soit accordée. À mon avis, la réponse à cette question va de soi. En enjoignant à BC Tel de permettre à des entreprises de télédistribution d'installer leurs propres câbles sur sa structure de soutènement, le CRTC mettait en œuvre une décision de principe. Il a déterminé que, pour respecter l'intention du législateur de réglementer les fournisseurs de services monopolistes dans l'intérêt public, il devait imposer cette obligation à BC Tel. En ce faisant, le CRTC a restreint les activités que BC Tel était autorisée à entreprendre. Le conseil d'arbitrage, quant à lui, interprétait simplement un contrat de nature privée ayant trait aux modalités internes mises sur pied par BC Tel pour exécuter les activités qui lui étaient dévolues. Il ne fait aucun doute qu'en rendant cette décision le conseil d'arbitrage répondait à un objectif important, mais cela ne change rien au fait que sa tâche consistait à interpréter un contrat essentiellement privé. Les parties à ce contrat ne pouvaient pas, intentionnellement ou involontairement, étendre les activités de BC Tel autorisées par le CRTC de façon à ce qu'elles aient une incidence sur des tiers. La décision de ce dernier est donc prépondérante. D'un autre point de vue, la décision du CRTC était également une expression de son rôle d'élaboration d'une politique, celle du conseil d'arbitrage ne l'était pas. À mon avis, lorsque deux décisions rendues par des tribunaux administratifs sont tout

tribunal's policy-making function in circumstances where the other decision is a purely adjudicative decision concerning the interpretation of a private contract. The legislature, in establishing the two tribunals, could not have intended that the opposite be true for this would effectively enable private parties to contract out of public policy obligations. A private party such as BC Tel should not be permitted, whether intentionally or innocently, to bypass, by means of a contract or a collective agreement, regulatory requirements imposed on it in the public interest.

Accordingly, had I found that the decisions of the CRTC and of the labour arbitration board were in operational conflict, I would have concluded that the decision of the CRTC should take precedence over that of the arbitration board to the extent of the operational conflict. However, in the case at hand, I do not actually believe that the decisions of the CRTC and of the arbitration board are in operational conflict.

As I noted previously, for two decisions to be in operational conflict, it must be impossible to comply with both decisions. In other words, compliance with one decision must necessitate violation of the other. In the case at hand, this test is not satisfied. Specifically, compliance by BC Tel with the CRTC order will not result in a violation of the labour arbitration decision, *per se*. Instead, it will result in a violation of the collective agreement. The labour arbitration decision is merely an interpretation of the collective agreement. It does not require BC Tel to act in a particular way; it simply describes the manner in which BC Tel itself promised to act. Thus, while BC Tel is in a difficult position, it is in this position as a result of its collective agreement, not as a result of the labour arbitration decision. Consequently, I do not believe that there is an actual operational conflict, justifying judicial intervention, between the decision of the labour arbitration board and the CRTC decision.

aussi valides l'une que l'autre et qu'elles créent un conflit opérationnel, il faut accorder la priorité à la décision qui traduit le rôle d'élaboration d'une politique du tribunal dans les cas où l'autre décision est une décision de nature purement juridictionnelle qui porte sur l'interprétation d'un contrat privé. Le législateur, en établissant les deux tribunaux, ne pouvait souhaiter autre chose puisqu'autrement, des parties privées pourraient effectivement se soustraire par contrat à des obligations relevant de l'intérêt public. Une partie privée comme BC Tel ne devrait pas être autorisée, que ce soit intentionnellement ou involontairement, à contourner au moyen d'un contrat ou d'une convention collective les exigences réglementaires qui lui sont imposées dans l'intérêt public.

Pour cette raison, eus-je conclu que la décision du CRTC et celle du conseil d'arbitrage étaient en conflit opérationnel, j'aurais accordé priorité à la décision du CRTC sur celle du conseil d'arbitrage dans la mesure de ce conflit. Toutefois, en l'espèce, je ne crois pas que les décisions du CRTC et du conseil d'arbitrage emportent un tel conflit.

Ainsi que je l'ai déjà indiqué, pour que deux décisions soient en conflit opérationnel, il faut qu'il soit impossible de se conformer aux deux. En d'autres termes, le respect de l'une doit emporter violation de l'autre. Dans le cas qui nous occupe, il n'en est rien. Plus précisément, le respect par BC Tel de l'ordonnance du CRTC n'entraînera pas la violation de la décision du conseil d'arbitrage en soi. Elle entraînera plutôt la violation de la convention collective. La décision du conseil d'arbitrage est simplement une interprétation de la convention collective. Elle ne contraint pas BC Tel à agir d'une certaine façon, elle ne fait que décrire la manière dont BC Tel elle-même a convenu d'agir. De cette façon, si BC Tel se retrouve dans une situation inconfortable, c'est du fait de sa convention collective et non de la décision du conseil d'arbitrage. Par conséquent, je ne crois pas qu'il y ait entre la décision du conseil d'arbitrage et celle du CRTC un véritable conflit opérationnel justifiant une intervention judiciaire.

61

62

63 In light of the above, in my view, it is appropriate to let both the labour arbitration board's decision and that of the CRTC stand. This Court should not interfere with either decision on the grounds that, while there is a conflict, there is not an operational conflict. It is, in my view, only in the clearest of operational conflicts that judicial deference should be set aside and judicial interference tolerated. Consequently, I would allow the appeal and restore the CRTC decision.

64 Having said this, if a labour arbitration board were to take further steps and attempt to enforce the collective agreement, an actual operational conflict could then arise. In such circumstances, the courts would be required to determine which decision should take precedence; and, for the reasons outlined previously, I would then conclude that the CRTC decision, being an expression of the CRTC's policy-making role, should take precedence over the adjudicative decision of the arbitration board to the extent of the operational inconsistency.

V. Disposition

65 For the reasons outlined above, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal, and restore Decision 92-4, with costs throughout.

The following are the reasons delivered by

66 SOPINKA J. — Subject to the disposition which I would make in the companion case of *Telecommunications Workers Union v. Canada (Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1995] 2 S.C.R. 781, I agree with Justice L'Heureux-Dubé.

The following are the reasons delivered by

67 CORY J. — I have had the opportunity to read the reasons of my colleagues, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. I agree with much of the excellent reasons and with the result reached by L'Heureux-Dubé J. I concur as well with the reasons of McLachlin J.

À la lumière de ce qui précède, je suis d'avis qu'il convient de maintenir tant la décision du conseil d'arbitrage que celle du CRTC. Notre Cour ne devrait intervenir ni dans l'une ni dans l'autre puisque, s'il y a conflit, il n'est pas opérationnel. Ce n'est, à mon avis, que dans les cas les plus manifestes de conflits opérationnels que la retenue judiciaire doit être mise de côté pour faire place à l'intervention judiciaire. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du CRTC.

Cela étant dit, si un conseil d'arbitrage prenait des mesures additionnelles et tentait de faire appliquer la convention collective, un véritable conflit opérationnel pourrait alors en découler. Dans ces circonstances, les tribunaux auraient à déterminer quelle décision doit prévaloir; et, pour les motifs exposés précédemment, je conclurais dans ce cas que la décision du CRTC, étant l'expression de son rôle d'élaboration d'une politique, devrait prévaloir sur la décision adjudicative du conseil d'arbitrage dans la mesure du conflit opérationnel.

V. Dispositif

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir la décision 92-4, avec dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — Sous réserve du dispositif que je propose dans le pourvoi connexe *Telecommunications Workers Union c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, [1995] 2 R.C.S. 781, je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY — J'ai eu l'occasion de lire les motifs de mes collègues les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin. Je souscris à la majeure partie des excellents motifs du juge L'Heureux-Dubé et au résultat auquel elle arrive. Je souscris également aux motifs du juge McLachlin.

While I agree with much of her analysis, I cannot, with the greatest respect, accept the comments made by L'Heureux-Dubé J. regarding the nature and significance of arbitration decisions in labour relations matters or those pertaining to collective agreement clauses which reserve an exclusive right to work for bargaining units. Nor am I able to accept the characterization made of the nature of a collective agreement. At the outset, it may be helpful to set out the references to these issues which appear in the reasons.

In paragraph 60 of her reasons, this appears:

The labour arbitration board, on the other hand, was merely interpreting a private contract relating to the internal arrangements made by BC Tel to carry out the activities assigned to it. While there is no doubt that the labour arbitration board, in reaching its decision, was serving an important purpose, this does not change the fact that its task was to interpret an essentially private contract. The parties to this contract could not extend, whether intentionally or innocently, the scope of BC Tel's authorized activities as fixed by the CRTC to affect third parties.

Later in the same paragraph:

A private party such as BC Tel should not be permitted, whether intentionally or innocently, to bypass by means of a contract or a collective agreement, regulatory requirements imposed on it in the public interest.

Finally, in paragraph 62 this appears:

Specifically, compliance by BC Tel with the CRTC order will not result in a violation of the labour arbitration decision, *per se*. Instead, it will result in a violation of the collective agreement. The labour arbitration decision is merely an interpretation of the collective agreement. It does not require BC Tel to act in a particular way; it simply describes the manner in which BC Tel itself promised to act. Thus, while BC Tel is in a difficult position, it is in this position as a result of its collective agreement, not as a result of the labour arbitration decision. Consequently, I do not believe that there is an actual operational conflict, justifying judicial intervention, between the decision of the labour arbitration board and the CRTC decision. [Emphasis in original.]

Si j'adhère en grande partie à son analyse, je ne puis, en toute déférence, approuver les commentaires du juge L'Heureux-Dubé concernant la nature et l'importance des décisions rendues par l'arbitre en matière de relations du travail, ni ceux qui se rapportent aux clauses des conventions collectives conférant aux unités de négociation le droit exclusif d'effectuer certaines tâches. Je ne puis non plus me rallier à sa caractérisation de la convention collective. Au départ, il serait utile de reproduire les passages où, dans ses motifs, elle renvoie à ces questions.

Au paragraphe 60, elle écrit:

Le conseil d'arbitrage, quant à lui, interprétait simplement un contrat de nature privée ayant trait aux modalités internes mises sur pied par BC Tel pour exécuter les activités qui lui étaient dévolues. Il ne fait aucun doute qu'en rendant cette décision le conseil d'arbitrage répondait à un objectif important, mais cela ne change rien au fait que sa tâche consistait à interpréter un contrat essentiellement privé. Les parties à ce contrat ne pouvaient pas, intentionnellement ou involontairement, étendre les activités de BC Tel autorisées par le CRTC de façon à ce qu'elles aient une incidence sur des tiers.

Et plus loin dans le même paragraphe:

Une partie privée comme BC Tel ne devrait pas être autorisée, que ce soit intentionnellement ou involontairement, à contourner au moyen d'un contrat ou d'une convention collective les exigences réglementaires qui lui sont imposées dans l'intérêt public.

Enfin, au paragraphe 62, elle écrit:

Plus précisément, le respect par BC Tel de l'ordonnance du CRTC n'entraînera pas la violation de la décision du conseil d'arbitrage en soi. Elle entraînera plutôt la violation de la convention collective. La décision du conseil d'arbitrage est simplement une interprétation de la convention collective. Elle ne contraint pas BC Tel à agir d'une certaine façon, elle ne fait que décrire la manière dont BC Tel elle-même a convenu d'agir. De cette façon, si BC Tel se retrouve dans une situation inconfortable, c'est du fait de sa convention collective et non de la décision du conseil d'arbitrage. Par conséquent, je ne crois pas qu'il y ait entre la décision du conseil d'arbitrage et celle du CRTC un véritable conflit opérationnel justifiant une intervention judiciaire. [Souligné dans l'original.]

68

69

70

71

72 A collective agreement is much more than a private arrangement. It provides the foundation for labour relations. It exists so that peace in labour relations can be achieved and maintained. This goal which is so important for our society is the aim of all labour legislation.

73 The exclusive right-to-work clause, in turn, provides the basic foundation for the collective agreement itself. It is of such fundamental importance to both parties but, particularly to labour, that I would be surprised if this type of clause is not included in every collective bargaining agreement. In fact, the exclusive right to bargaining unit work is so essential to labour relations that it has been described as a proprietary right. It must be remembered that clauses which reserve an exclusive right to do certain work to a bargaining unit provide the foundation, not only to a particular collective agreement, but, more importantly, to the entire system of labour relations. Without such a clause, bargaining unit work could be contracted out to those who are not covered by the collective agreement, thereby defeating the entire legislative scheme of collective bargaining. In my view, the importance of these clauses cannot be over-emphasized. It follows that I am opposed to any characterization of the collective agreement or a particular clause of it which suggests that they represent an attempt by BC Tel or the TWU either to contract out of the public obligations imposed by the various telecommunications statutes or to extend improperly the scope of BC Tel's authority.

74 Moreover, proper recognition must be given to the importance of labour arbitration. The labour arbitrator is not merely a creature created by private contract. Rather, in the field of labour relations it is recognized that labour arbitrators are the instruments by which the general legislative policy is implemented whereby labour relations disputes may be resolved in a speedy manner thus reducing the effects of disruptive labour strife in our society. This is the goal of all labour legislation. Labour

Une convention collective est beaucoup plus qu'une entente privée. C'est la base des relations du travail. C'est elle qui permet que, dans ce domaine, on arrive à faire régner la paix. Cet objectif, si cher à notre société, sous-tend toutes les lois sur les relations du travail.

Quant à la clause qui confère le droit exclusif d'effectuer un certain travail, elle est l'assise de la convention collective même. Elle est d'une importance si fondamentale pour les deux parties, particulièrement pour les travailleurs, que je serais étonné que ce genre de clause ne figure pas dans toutes les conventions collectives. En fait, le droit exclusif au travail conféré aux unités de négociation est si indispensable aux relations du travail qu'il a été qualifié de droit propriétaire. Il faut se rappeler que les clauses qui confèrent à une unité de négociation le droit exclusif d'effectuer un certain travail sont le fondement non seulement d'une convention collective donnée, mais également, et c'est là le plus important, de l'ensemble du régime des relations du travail. Sans une telle clause, le travail qui revient à l'unité de négociation pourrait être confié par contrat à des entrepreneurs qui ne sont pas visés par la convention collective, ce qui minerait tout le régime législatif des négociations collectives. À mon avis, on ne saurait trop insister sur l'importance de ces clauses. Pour cette raison, je m'oppose à toute caractérisation de la convention collective ou d'une clause de celle-ci selon laquelle elle constitue une tentative par BC Tel ou le TWU soit de se soustraire par contrat à des obligations relevant de l'intérêt public, imposées par les différentes lois en matière de télécommunications, soit d'élargir indûment l'étendue du pouvoir de BC Tel.

Par ailleurs, il y a lieu de reconnaître à sa juste valeur l'importance de l'arbitrage en matière de relations du travail. L'arbitre n'est pas simplement l'œuvre d'un contrat privé. Dans le domaine des relations du travail, on reconnaît en fait que l'arbitre est l'instrument grâce auquel la politique législative générale est mise en œuvre et les conflits résolus rapidement, ce qui réduit les effets néfastes des conflits de travail dans notre société. C'est là le but de toute loi régissant les relations du

arbitrators are an integral element in labour legislation in both the federal and provincial spheres. Mandatory labour arbitration is the essential *quid pro quo* which balances the restrictions these statutes place on the parties' rights to strike or lockout. While private arbitration, arranged solely between private parties, does exist in a number of circumstances outside of labour law, arbitration provided by labour legislation has a role of significant public importance.

The reasons of my colleague suggest that the private parties, BC Tel and TWU, have themselves created the operational conflict with the CRTC decision and that, accordingly, the decision which relates to their collective agreement should be given little weight. However, in my view the operational conflict does not arise because of the collective agreement. Rather, the conflict arises because of the manner in which the labour arbitrator interpreted the collective agreement. It is the interpretation which gives the words their practical effect. The operational conflict is created because of the labour arbitrator's decision. This decision is not "merely an interpretation of the collective agreement" — it is an interpretation which mandates particular action in the same way as a court's interpretation of a statute mandates that particular consequences follow. Labour arbitrators have a special expertise and experience in interpreting collective agreements and in resolving labour disputes. Their role is important and the significance of their decisions cannot be over-emphasized. When undertaking the judicial balancing required in this case, it must be remembered that the operational conflict arises as a result of the conflicting decisions of two administrative tribunals.

In order to resolve the operational conflict, it is necessary to balance the overlapping jurisdiction, the aims and the purposes of two administrative tribunals. In the circumstances of this case, I agree with the reasons of L'Heureux-Dubé J. which provide that the decision of the CRTC must, in policy decisions such as that presented in this case, take precedence. However, in my view, this ruling does

travail. Les arbitres en font partie intégrante tant dans la sphère fédérale que dans la sphère provinciale. L'arbitrage obligatoire en matière de relations du travail est le *quid pro quo* essentiel qui fait contrepoids aux restrictions que ces lois imposent au droit des parties de déclencher une grève ou un lock-out. Si l'arbitrage privé, convenu entre des parties privées seulement, existe dans un certain nombre de situations hors des limites du droit du travail, l'arbitrage que prévoient les lois sur les relations du travail joue un rôle d'une importance capitale pour la société.

Selon ma collègue, les parties en l'espèce, BC Tel et le TWU, ont elles-mêmes créé le conflit opérationnel avec la décision du CRTC et, par conséquent, la décision qui concerne leur convention collective ne devrait pas peser lourd dans la balance. À mon avis, toutefois, le conflit opérationnel ne procède pas de la convention collective, mais plutôt de l'interprétation qu'en a fait l'arbitre. C'est l'interprétation qui donne aux mots leur effet pratique. Le conflit opérationnel naît de la décision de l'arbitre. Cette décision n'est pas «simplement une interprétation de la convention collective», elle est une interprétation qui commande une action particulière, tout comme l'interprétation d'une loi par la cour commande que des conséquences données s'ensuivent. Les arbitres possèdent une expertise et une expérience particulières dans l'interprétation des conventions collectives et dans la résolution des conflits de travail. Leur rôle est important, et on ne saurait trop insister sur la portée de leurs décisions. En effectuant l'exercice de pondération requis en l'espèce les juges ne doivent pas perdre de vue que le conflit opérationnel est le fruit des décisions contradictoires de deux tribunaux administratifs.

Pour résoudre le conflit opérationnel, il est nécessaire d'évaluer des compétences qui se chevauchent, ainsi que les buts et objets de deux tribunaux administratifs. Compte tenu des circonstances, je souscris aux motifs du juge L'Heureux-Dubé, suivant lesquels, lorsqu'il s'agit d'une décision de principe de la nature de celle en cause en l'espèce, la décision du CRTC doit avoir priorité.

not invalidate the exclusive right to work clause contained in the BC Tel-TWU collective agreement. Rather, the exclusive right to work clause will continue to be binding on the parties except in those circumstances where it conflicts with the CRTC decision.

77 I would, accordingly, allow the appeal.

The following is the judgment delivered by

78 MCLACHLIN J. — Although in substantial agreement with the reasons of Justice L'Heureux-Dubé, I differ from her on one point. She suggests that a court may intervene to determine priorities between competing orders of different administrative tribunals, only where the result is that the claimant would be in the position of breaching a mandatory order. I would define operational conflict more broadly. I see operational conflict existing whenever two decisions create a conflict which makes it impossible for a claimant to fulfil simultaneously its legal obligations, as defined by the respective boards. Claimants should be able to turn to the courts for clarification whenever conflicting decisions impose different legal obligations. The fact that those obligations find their source in the collective agreement does not negate their enforceability. Contracts impose legal obligations which are enforceable by various means. Only exceptionally do these include mandatory orders. It is artificial, in my view, to predicate the right to a ruling on which legal obligation prevails on the distinction between a mandatory order and an order which provides a different remedy.

79 This is not to expand the scope of judicial intervention unduly; rather, it is to respond to a real need. We must not forget that the parties involved in problems of this sort are often providing services of considerable importance to the public. It is the task of the legal system to provide them with clear guidance as to their legal obligations so that

Toutefois, à mon avis, cette conclusion n'invalide pas la clause qui, dans la convention collective liant BC Tel et le TWU, confère un droit exclusif à l'égard de certaines tâches. Au contraire, cette clause continuera à lier les parties, sauf dans les cas où elle entre en conflit avec la décision du CRTC.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

Version française du jugement rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Bien que je sois essentiellement d'accord avec les motifs du juge L'Heureux-Dubé, je diverge d'opinion avec elle sur un point. Elle affirme qu'une cour de justice ne peut intervenir pour déterminer l'ordre de priorité entre des décisions contradictoires rendues par des tribunaux administratifs différents que dans le cas où le demandeur se trouverait à contrevenir à une ordonnance impérative. Je définirais de façon plus large le conflit opérationnel. Selon moi, il y a un conflit opérationnel lorsque deux décisions créent une incompatibilité qui empêche un demandeur de s'acquitter simultanément de ses obligations légales, comme les définissent les tribunaux concernés. Un demandeur devrait pouvoir s'adresser aux tribunaux pour obtenir des précisions chaque fois que des décisions contradictoires lui imposent des obligations légales différentes. Une obligation n'est pas moins exécutoire du fait qu'elle est imposée par une convention collective. Les contrats imposent des obligations légales qui peuvent être exécutées de diverses façons. Ce n'est qu'exceptionnellement que celles-ci comprennent des ordonnances impératives. À mon avis, il est faux de fonder sur la distinction qui existe entre une ordonnance impérative et une ordonnance qui offre une réparation différente le droit à une décision dont l'objet est de déterminer quelles sont les obligations légales qui l'emportent.

Il ne s'agit pas d'élargir excessivement l'intervention des tribunaux, mais plutôt de répondre à un besoin réel. Nous ne devons pas oublier que les parties aux prises avec des problèmes de la sorte offrent souvent des services d'une importance considérable pour le public. Il appartient au système juridique de leur donner des directives claires sur

they can provide the services that they are required to provide in an efficacious and legal manner. When two different boards have given conflicting definitions of a body's legal obligations, it is important that the body be afforded means of determining which obligation prevails and which it must obey. The boards themselves cannot determine this. The only body which can do it is the court. Access to the court should not be precluded because the order happens to designate a remedy other than a mandatory order.

The orders in this case impose inconsistent legal obligations on BC Tel. The CRTC has ruled that BC Tel has a legal obligation to permit Shaw Cable Systems to work on its lines. The labour arbitration board, on the other hand, has ruled that BC Tel has a legal obligation to refuse to permit Shaw Cable Systems to work on its lines. BC Tel cannot fulfil both obligations. It follows that BC Tel should be able to ask the courts which has priority. I agree with L'Heureux-Dubé J. that the CRTC's decision, being an expression of the broad policy-making role accorded to it by Parliament, should take precedence over the decision of the labour arbitration board to the extent of the inconsistency.

I would allow the appeal with costs throughout, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal and restore the decision of the CRTC.

The following are the reasons delivered by

IACOBUCCI J. — I agree with the position of the Chief Justice, namely, I am in substantial agreement with the reasons of L'Heureux-Dubé J. and agree with her disposition of the appeal; however, I also agree with the views expressed by Cory J. and McLachlin J.

Appeal allowed with costs.

leurs obligations légales, de façon à ce qu'elles puissent fournir les services exigés d'elles, d'une façon efficace et légale. Lorsque deux conseils différents ont défini de façon contradictoire les obligations légales d'un organisme, il est important que cet organisme dispose des moyens de déterminer quelle est l'obligation qui doit prévaloir et quelle est celle dont il doit s'acquitter. Les conseils eux-mêmes ne peuvent faire cette détermination. Le seul organisme habilité à le faire est une cour de justice. Personne ne devrait être privé de l'accès à une cour de justice du fait qu'une ordonnance renferme une réparation autre qu'une ordonnance impérative.

Les ordonnances, en l'espèce, imposent des obligations légales incompatibles à BC Tel. Le CRTC a statué que BC Tel a l'obligation légale de permettre à Shaw Cable Systems de travailler sur ses installations. Le conseil d'arbitrage, par contre, a décidé que BC Tel a l'obligation légale de refuser à Shaw Cable Systems de travailler sur ses installations. BC Tel ne peut s'acquitter de ces deux obligations. Il s'ensuit que BC Tel devrait être en mesure de demander aux tribunaux laquelle de ces obligations doit prévaloir. Je conviens avec le juge L'Heureux-Dubé que la décision du CRTC, étant l'expression du rôle d'élaboration de la politique que lui a conféré le législateur, devrait prévaloir sur la décision du conseil d'arbitrage dans la mesure où elle est contradictoire.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir la décision du CRTC.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE IACOBUCCI — Je souscris à la position adoptée par le Juge en chef, c'est-à-dire que je suis d'accord avec la majeure partie des motifs du juge L'Heureux-Dubé et avec le résultat auquel elle en arrive. Cependant, je souscris également aux opinions exprimées par les juges Cory et McLachlin.

Pourvoi accueilli avec dépens.

80

81

82

Solicitors for the appellant Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitor for the appellant the CRTC: The CRTC Legal Directorate, Hull.

Solicitors for the respondent British Columbia Telephone Co.: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the respondent Telecommunications Workers Union: Shortt, Moore & Arsenault, Vancouver.

Procureurs de l'appelante Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureur de l'appelant le CRTC: Le contentieux du CRTC, Hull.

Procureurs de l'intimée British Columbia Telephone Co.: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'intimé Telecommunications Workers Union: Shortt, Moore & Arsenault, Vancouver.

**Telecommunications Workers
Union Appellant**

v.

**Canadian Radio-television and
Telecommunications Commission, Shaw
Cable Systems (B.C.) Ltd. and British
Columbia Telephone Company Respondents**

INDEXED AS: TELECOMMUNICATIONS WORKERS UNION v.
CANADA (RADIO-TELEVISION AND TELECOMMUNICATIONS
COMMISSION)

File No.: 23778.

1995: January 23; 1995: June 22.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Audi alteram partem — Failure to give notice — CRTC deciding who could perform installation work on telephone company's support structures — CRTC decision affecting rights of employees of telephone company — Whether CRTC exceeded its jurisdiction in failing to provide union with notice of CRTC hearing — National Telecommunications Powers and Procedures Act, R.S.C., 1985, c. N-20, ss. 66, 72, 74.

This appeal, which was heard at the same time as *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739 ("*BC Tel*"), and arises out of the same factual circumstances, concerns TWU's application for judicial review of the same CRTC decision challenged in *BC Tel*. The Federal Court of Appeal dismissed the application in light of its judgment in *BC Tel*. Two issues are raised in this appeal: (1) whether the CRTC exceeded its jurisdiction in failing to provide notice to TWU of the application and proceedings which led to the CRTC decision; and (2) whether the CRTC erred in law and exceeded its jurisdiction in issuing the decision in question by allegedly failing to follow an established policy of deferring to decisions of arbitration boards constituted by BC Tel and the TWU with respect to the work jurisdiction of BC Tel employees.

**Telecommunications Workers
Union Appellant**

c.

**Conseil de la radiodiffusion et des
télécommunications canadiennes, Shaw
Cable Systems (B.C.) Ltd. et British
Columbia Telephone Company Intimés**

RÉPERTORIÉ: TELECOMMUNICATIONS WORKERS UNION c.
CANADA (CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES
TÉLÉCOMMUNICATIONS)

N° du greffe: 23778.

1995: 23 janvier; 1995: 22 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Audi alteram partem — Omission de donner avis — Décision du CRTC déterminant qui pouvait effectuer les travaux d'installation sur les structures de soutènement de la compagnie de téléphone — Droits des employés de la compagnie de téléphone compromis par la décision du CRTC — Le CRTC a-t-il excédé sa compétence en omettant d'aviser le syndicat de la tenue de son audience? — Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications, L.R.C. (1985), ch. N-20, art. 66, 72, 74.

Ce pourvoi, qui a été entendu en même temps que le pourvoi connexe *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739 ("*BC Tel*"), et procède des mêmes faits, concerne une demande de contrôle judiciaire de la part du TWU relativement à la même décision du CRTC que celle qui était contestée dans *BC Tel*. La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande du fait de sa décision dans *BC Tel*. Le pourvoi soulève deux questions, à savoir: (1) si le CRTC a excédé sa compétence en omettant de donner avis au TWU de la demande et de la procédure à l'origine de la décision du CRTC, et (2) si le CRTC a commis une erreur de droit et excédé sa compétence en rendant la décision en question du fait qu'il n'aurait pas suivi une politique établie de retenue à l'égard des décisions des conseils d'arbitrage constitués par BC Tel et le TWU relativement à l'aire de travail des employés de BC Tel.

Held (Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, McLachlin and Major JJ.: The *audi alteram partem* rule did not require that the TWU be provided with notice of the CRTC hearing. The TWU was not a party nor did it have a direct interest in the proceedings before the tribunal. The CRTC decision concerned questions of telecommunications policy, not labour relations, and a consideration of the "work jurisdiction" of the TWU would have been irrelevant to that decision. The *audi alteram partem* rule should not be interpreted as requiring that notice be provided to parties indirectly affected by regulatory proceedings. In any event, even if that rule would normally have required the CRTC to notify the TWU of the proceedings, s. 72 of the *National Telecommunications Powers and Procedures Act* relieves the CRTC of this obligation and places the responsibility of notifying TWU on BC Tel. This provision should be read as shielding CRTC decisions from challenge on the grounds that a regulatee failed to notify its employees of the proceedings. In such circumstances, the appropriate remedy would be for the employees to apply to the CRTC for a re-hearing under s. 66 of the Act. Finally, the CRTC did not err in law or exceed its jurisdiction by failing to follow a policy of deferring to the decisions of arbitration boards. The CRTC has never adopted such a policy and it would be improper for it to adopt one as this would be an improper delegation or fettering of its discretionary powers.

Per Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ. (dissenting): In the special circumstances of this case, the failure to provide TWU with notice of the proceedings before the CRTC breached the requirements of natural justice. The collective agreement between TWU and BC Tel stipulates that any maintenance, repair or construction of BC Tel's support structures must be performed exclusively by members of TWU. Although, in accordance with its mandate, the CRTC was specifically concerned with telecommunications policy, it was well aware that its decision, on the very question of who had the right to perform the work on BC Tel's support structures, would have a substantial impact on TWU's work jurisdiction, thereby directly affecting the rights of the union and its members. While it would potentially be unduly onerous on regulatory agencies if notice had to be provided to all individuals having contractual relations with a regulated party, notice should be given where, as here, the admin-

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Cory sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, McLachlin et Major: La règle *audi alteram partem* ne commandait pas que le TWU soit avisé de l'audience du CRTC. Le TWU n'était pas une partie, ni n'avait-il un intérêt direct dans l'affaire soumise au tribunal. La décision du CRTC concernait une politique en matière de télécommunications, non de relations du travail, et la considération de «l'aire de travail» du TWU n'aurait pas été pertinente quant à cette décision. La règle *audi alteram partem* ne devrait pas être interprétée de façon à exiger qu'un avis soit donné aux parties indirectement touchées par des procédures en matière de réglementation. Quoi qu'il en soit, même si, normalement, le CRTC aurait dû, en conformité avec cette règle, aviser le TWU de la procédure, l'art. 72 de la *Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications* dispense le CRTC de cette obligation et impose à BC Tel l'obligation d'aviser le TWU. Cette disposition devrait être interprétée comme mettant les décisions du CRTC à l'abri de toute contestation fondée sur le motif qu'une personne visée par un règlement a omis d'aviser ses employés de la procédure. Dans un tel cas, il conviendrait de permettre aux employés de demander une nouvelle audience au CRTC comme le permet l'art. 66 de la Loi. Enfin, le CRTC n'a pas commis d'erreur de droit ni excédé sa compétence en faisant défaut de respecter une politique de déférence à l'égard des décisions des conseils d'arbitrage. Le CRTC n'a jamais adopté pareille politique et il ne serait pas approprié qu'il en adopte une puisqu'il s'agirait alors d'une délégation irrégulière de ses pouvoirs discrétionnaires ou d'une entrave à ceux-ci.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Cory (dissidents): Compte tenu des circonstances uniques de la présente affaire, l'omission de donner au TWU un avis de la procédure soumise au CRTC a entraîné un déni de justice naturelle. Aux termes de la convention collective conclue entre le TWU et BC Tel, tout travail ayant trait à l'entretien, à la réparation ou à la construction de la structure de soutènement de BC Tel est confié exclusivement aux membres du TWU. Bien que le CRTC s'intéresse particulièrement à la politique en matière de télécommunications, conformément à son mandat, il savait très bien que, quant à la question même de savoir qui avait le droit d'effectuer le travail sur la structure de soutènement de BC Tel, sa décision était susceptible d'avoir un impact sévère sur l'aire de travail réservée aux membres du TWU et de toucher ainsi directement les droits du syndicat et de ses membres. S'il est vrai que ce serait imposer un fardeau peut-être

istrative tribunal must actually address a key aspect of the contract directly pertaining to the rights of a third party. The CRTC decision would have a direct bearing on the viability of a specific provision in the collective agreement. In such a situation, it cannot be contended that the interest was indirect merely because it is derived from the contract. Furthermore, the practical problems that might be associated with any duty to notify individuals in a contractual relation with a regulated party are absent in this case. Given that TWU was a party to previous proceedings of the CRTC where essentially the same question was considered, the CRTC was aware that the interests of the union were substantially and equally at stake in the application leading to the impugned decision. There would thus have been no practical hardship in requiring the CRTC to give notice to TWU.

Nothing in the *National Telecommunications Powers and Procedures Act* relieves the CRTC of its duty to provide notice to TWU in accordance with the *audi alteram partem* rule. Section 72, which obliges a party to a proceeding to provide notice to its officers and servants, does not absolve an administrative tribunal from its duty to comply with the dictates of natural justice. Although, generally, the employer is in the best situation to know whether the employees' interests are at stake, where, to the knowledge of the CRTC, the officers or servants of a party will be directly affected by the proceedings, the rules of natural justice require the CRTC to ensure notice is given, regardless of the employer's obligations under the Act. Section 66 of the Act does not provide an appropriate remedy for employees who have not been given notice. Where natural justice requires that a party be given notice and a tribunal fails to provide such notice, the aggrieved party is entitled to judicial review of the decision. It is not an adequate alternative remedy to request that the tribunal, in its discretion, rehear the application after it has already decided it. Section 74 of the Act applies only in situations where the CRTC decides to proceed without notice based on any "ground of urgency, or for other reason". This did not occur in the present case. Thus, s. 74 is inapplicable.

trop lourd aux organismes de réglementation que d'exiger qu'ils avisent tout individu ayant un lien contractuel avec une partie visée par un règlement, un avis doit être donné dans les cas où, comme en l'espèce, le tribunal administratif doit, en fait, se pencher sur un aspect clé du contrat qui se rapporte directement aux droits d'un tiers. La décision du CRTC aurait une conséquence directe sur la viabilité d'une disposition donnée de la convention collective. Dans pareil cas, on ne saurait soutenir que l'intérêt était indirect uniquement parce qu'il procédait d'un contrat. Du reste, les problèmes que pourrait en pratique provoquer l'obligation d'aviser les individus qui ont un lien contractuel avec une partie assujettie à la réglementation ne se posent pas en l'espèce. Comme le TWU était partie à une procédure soumise antérieurement au CRTC, où la question posée était essentiellement identique, le CRTC savait que le syndicat avait un intérêt tout aussi important dans la demande ayant abouti à la décision contestée. Contraindre le CRTC à aviser le TWU n'aurait donc engendré aucune difficulté d'ordre pratique.

Rien dans la *Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications* ne dispense le CRTC de son obligation d'aviser le TWU conformément à la règle *audi alteram partem*. L'article 72, suivant lequel toute partie intéressée par une procédure est tenue d'en aviser les membres de son personnel, ne dégage pas un tribunal administratif de son obligation de respecter les principes de justice naturelle. Bien qu'en général, l'employeur soit le mieux placé pour déterminer si les intérêts de ses employés sont en jeu, dans les cas où le CRTC sait que les membres du personnel d'une partie seront directement touchés par la procédure, les règles de justice naturelle le contraignent à faire en sorte qu'un avis soit donné, quelles que soient les obligations de l'employeur sous le régime de la Loi. L'article 66 de la Loi ne prévoit pas la réparation qu'il convient d'accorder aux employés qui n'ont pas été avisés. Lorsque la justice naturelle commande qu'une partie soit avisée et que le tribunal ne respecte pas cette obligation, la partie lésée peut demander le contrôle judiciaire de la décision. Il ne convient pas de demander subsidiairement que le tribunal, à sa discrétion, entende à nouveau la demande après qu'il se soit prononcé à cet égard. L'article 74 de la Loi ne s'applique que lorsque, «pour cause d'urgence ou pour toute autre raison», le CRTC décide d'aller de l'avant dans une affaire sans qu'avis soit donné. Ce n'était pas le cas en l'espèce. Aussi, l'art. 74 n'a-t-il aucune application.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739; *Canadian Transit Co. v. Canada (Public Service Staff Relations Board)*, [1989] 3 F.C. 611.

By Sopinka J. (dissenting)

British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd., [1995] 2 S.C.R. 739; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Old St. Boniface Residents Assn. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Canadian Transit Co. v. Canada (Public Service Staff Relations Board)*, [1989] 3 F.C. 611; *Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Quebec Labour Relations Board*, [1953] 2 S.C.R. 140, [1953] 4 D.L.R. 161.

Statutes and Regulations Cited

National Telecommunications Powers and Procedures Act, R.S.C., 1985, c. N-20 [rep. 1993, c. 38, s. 130], ss. 66, 72, 74.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1993] F.C.J. No. 444 (QL), dismissing appellant's application for judicial review of a decision of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. Appeal dismissed, Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ. dissenting.

Morley D. Shortt, Q.C., and *Donald Bobert*, for the appellant.

Thomas G. Heintzman, Q.C., and *Susan L. Gratton*, for the respondent Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.

Avrum Cohen, Allan Rosenzweig and Carolyn Pinsky, for the respondent the CRTC.

Jack Giles, Q.C., *Judy Jansen* and *Alison Narod*, for the respondent British Columbia Telephone Co.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739; *Canadian Transit Co. c. Canada (Commission des relations de travail dans la Fonction publique)*, [1989] 3 C.F. 611.

Citée par le juge Sopinka (dissent)

British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd., [1995] 2 R.C.S. 739; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Canadian Transit Co. c. Canada (Commission des relations de travail dans la Fonction publique)*, [1989] 3 C.F. 611; *Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. Quebec Labour Relations Board*, [1953] 2 R.C.S. 140.

Lois et règlements cités

Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications, L.R.C. (1985), ch. N-20 [abr. 1993, ch. 38, art. 130], art. 66, 72, 74.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1993] A.C.F. n° 444 (QL), qui a rejeté la demande de l'appelant visant le contrôle judiciaire d'une décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Cory sont dissidents.

Morley D. Shortt, c.r., et *Donald Bobert*, pour l'appelant.

Thomas G. Heintzman, c.r., et *Susan L. Gratton*, pour l'intimée Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.

Avrum Cohen, Allan Rosenzweig et Carolyn Pinsky, pour l'intimé le CRTC.

Jack Giles, c.r., *Judy Jansen* et *Alison Narod*, pour l'intimée British Columbia Telephone Co.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ. were delivered by

SOPINKA J. (dissenting) — The issue raised on this appeal is whether the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (“CRTC”) violated the principles of natural justice by failing to provide formal notice to the Telecommunications Workers Union (“TWU”) regarding the application which resulted in Telecom Letter Decision CRTC 92-4 (“Decision 92-4”). Those proceedings involved a dispute between Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd. (“Shaw Cable”) and the British Columbia Telephone Company (“BC Tel”) concerning who was entitled to perform the installation work on the support structures belonging to BC Tel.

TWU represents the bargaining unit for approximately 12,000 employees of BC Tel. The collective agreement between TWU and BC Tel stipulates that any maintenance, repair or construction of the support structure must be performed exclusively by members of TWU. Therefore, it is apparent that Decision 92-4 would necessarily impact upon the work jurisdiction of the employees represented by TWU. In my view, in light of the unique circumstances of this case, the failure to provide TWU with notice of the proceedings before the CRTC breached the requirements of natural justice.

As L’Heureux-Dubé J. has noted, the factual context and the history of the proceedings which gave rise to the present appeal have been fully set out in her reasons in the companion case, *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739. I do not find it necessary to repeat them here. However, in light of the fact that the principles of natural justice, including the *audi alteram partem* rule, are dependent on the particular circumstances of the case, it will be necessary to emphasize certain facts in the course of my reasons, in order to explain my conclusion that TWU was entitled to notice of the proceedings between Shaw Cable and BC Tel.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Sopinka et Cory rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident) — Il s’agit en l’espèce de déterminer si le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes («CRTC») a violé les principes de justice naturelle en omettant de remettre au Telecommunications Workers Union («TWU») un avis formel de la demande qui est à l’origine de la lettre-décision Télécom CRTC 92-4 («décision 92-4»). Les procédures, qui opposaient Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd. («Shaw Cable») et British Columbia Telephone Company («BC Tel»), visaient à déterminer qui avait le droit d’effectuer les travaux d’installation sur les structures de soutènement appartenant à BC Tel.

Le TWU représente une unité de négociation qui regroupe environ 12 000 employés de BC Tel. Aux termes de la convention collective conclue entre le TWU et BC Tel, tout travail ayant trait à l’entretien, à la réparation ou à la construction de la structure de soutènement est confié exclusivement aux membres du TWU. De toute évidence, donc, la décision 92-4 aurait nécessairement un effet sur l’aire de travail des employés représentés par le TWU. À mon avis, compte tenu des circonstances uniques de la présente affaire, l’omission de donner au TWU un avis de la procédure soumise au CRTC a entraîné un déni de justice naturelle.

Comme le juge L’Heureux-Dubé l’a signalé, dans l’arrêt connexe *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739, elle a décrit de façon détaillée les faits et l’historique des procédures qui ont abouti au présent pourvoi. Il n’est donc pas nécessaire d’y revenir ici. Toutefois, étant donné que les principes de justice naturelle, dont la règle *audi alteram partem*, sont déterminés suivant les circonstances particulières d’une affaire, je devrai faire ressortir certains faits dans le cours de mes motifs pour expliquer ma conclusion que le TWU avait le droit de recevoir un avis de la procédure opposant Shaw Cable et BC Tel.

1

2

3

I. Relevant Statutory Provisions

4

For convenience, I set out the relevant statutory provisions below:

National Telecommunications Powers and Procedures Act, R.S.C., 1985, c. N-20

66. The Commission may review, rescind, change, alter or vary any order or decision made by it or may re-hear any application before deciding it.

72. Every company shall, as soon as possible after receiving or being served with any regulation, order, direction, decision, notice, report or other document of the Minister or the Commission, or the inspecting engineer, notify each of its officers and servants performing duties that are or may be affected thereby by delivering a copy to them or by posting a copy in some place where their work or duties, or some of them, are to be performed.

74. (1) Subject to this Act, when the Commission is authorized to hear an application, complaint or dispute, or make any order, on notice to the parties interested, it may, on the ground of urgency, or for other reason appearing to the Commission to be sufficient, notwithstanding any want of or insufficiency in the notice, make the like order or decision in the matter as if due notice had been given to all parties, and the order or decision is as valid and takes effect in all respects as if made on due notice.

(2) Any company or person entitled to notice and not sufficiently notified may, at any time within ten days after becoming aware of an order or decision made under subsection (1), or within such further time as the Commission may allow, apply to the Commission to vary, amend or rescind the order or decision, and the Commission shall thereupon, on such notice to other parties interested as it may in its discretion think desirable, hear the application, and either amend, alter or rescind the order or decision, or dismiss the application, as may seem to it just and right.

I. Dispositions législatives pertinentes

Pour plus de commodité, je reproduirai les dispositions législatives pertinentes:

Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications, L.R.C. (1985), ch. N-20

66. La Commission peut réviser, abroger ou modifier ses ordonnances ou décisions, ou peut entendre à nouveau une demande qui lui est faite, avant de rendre sa décision.

72. Aussitôt que possible après qu'elle a reçu ou qu'il lui a été signifié un règlement, une ordonnance, des instructions, une décision, un avis, un rapport ou quelque autre document de la part du ministre, de la Commission, ou de l'ingénieur-inspecteur, toute compagnie doit les porter à la connaissance de chacun des membres de son personnel qui remplissent des fonctions que ces pièces concernent ou peuvent concerner, soit en leur remettant une copie, soit en en affichant une copie là où ils doivent accomplir leurs travaux ou leurs fonctions, ou une partie de leurs travaux ou fonctions.

74. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, lorsque la Commission est autorisée à entendre une requête, plainte ou contestation, ou à prendre une ordonnance, après avoir donné avis aux parties intéressées, elle peut, pour cause d'urgence ou pour toute autre raison qui lui paraît suffisante, nonobstant le défaut ou l'insuffisance de cet avis, prendre une ordonnance ou une décision dans l'affaire comme si l'avis eût été régulièrement donné à toutes les parties; cette ordonnance ou décision est à tous égards aussi valable et exécutoire que si l'avis eût été régulier.

(2) Toute compagnie ou personne qui a droit à un avis et à laquelle un avis suffisant n'a pas été donné peut, à toute époque dans les dix jours qui suivent le moment où elle a eu connaissance de cette ordonnance ou décision, ou dans tel délai plus long que la Commission peut lui accorder, demander à la Commission de modifier ou abroger cette ordonnance ou décision; la Commission doit alors, après tel avis aux autres parties intéressées qu'elle juge à propos de donner, entendre cette demande et modifier ou abroger cette ordonnance ou décision, ou renvoyer cette demande, suivant qu'il lui paraît juste et équitable.

II. Issue

Did the CRTC exceed its jurisdiction in failing to provide notice to TWU of the application and proceedings which resulted in Decision 92-4?

III. Analysis

A. *The Requirements of Natural Justice*

The jurisprudence of this Court has made it clear that the requirements of natural justice depend on the circumstances of the case, the nature of the inquiry, the subject matter being dealt with and the statutory provisions under which the tribunal is acting: *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, and *Old St. Boniface Residents Assn. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, at pp. 1191-92. In each case it must be determined whether the party claiming the right to have been given notice and an opportunity to be heard had a sufficient interest in the proceedings such that notice was required by the *audi alteram partem* principle.

In her reasons, my colleague suggests that TWU's interest in the proceedings before the CRTC was merely indirect as Decision 92-4 was addressing telecommunications policy and not labour relations. With respect, the fact that the CRTC was specifically concerned with telecommunications policy in accordance with its mandate does not detract from the fact that its decision would have a substantial impact on the work jurisdiction of TWU, thereby directly affecting the rights of the union and its members. The very question before the CRTC concerned who had the right to perform the work on the support structures belonging to BC Tel. The CRTC was well aware of the impact that its decision would have on TWU. Although the purpose behind Decision 92-4 may not have been related to the "work jurisdiction" of TWU and the CRTC may have been seeking to avoid entering the realm of labour relations, this is no answer to a violation of natural justice where a decision could potentially override the union's rights.

II. Question en litige

Le CRTC a-t-il excédé sa compétence en omettant de donner avis au TWU de la demande et de la procédure à l'origine de la décision 92-4?

III. Analyse

A. *Les exigences de la justice naturelle*

Notre Cour a indiqué de façon explicite dans le passé que les exigences de la justice naturelle procèdent des circonstances d'une affaire, de la nature de l'examen, de la question en cause et des dispositions législatives en vertu desquelles le tribunal administratif agit: *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, et *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, aux pp. 1191 et 1192. Dans chaque cas, il faut déterminer si la partie qui se réclame du droit de recevoir un avis et d'être entendue a un intérêt suffisamment important dans la procédure pour que la règle *audi alteram partem* commande qu'un avis soit donné.

Dans ses motifs, ma collègue conclut que l'intérêt du TWU dans la procédure soumise au CRTC était purement indirect puisque la décision 92-4 concernait non pas les relations du travail, mais la politique en matière de télécommunications. En toute déférence, le fait que le CRTC s'intéresse particulièrement à la politique en matière de télécommunications, conformément à son mandat, ne diminue en rien le fait que sa décision était susceptible d'avoir un impact sévère sur l'aire de travail réservée aux membres du TWU et de toucher ainsi directement les droits du syndicat et de ses membres. Le CRTC devait en fait déterminer qui avait le droit d'effectuer le travail sur les structures de soutènement appartenant à BC Tel. Il savait très bien quel effet sa décision aurait pour le TWU. Bien que l'idée sous-jacente à la décision 92-4 ait pu être étrangère à l'«aire de travail» réservée aux membres du TWU et que le CRTC ait pu chercher à éviter le domaine des relations du travail, cela ne justifie pas une violation de la justice naturelle lorsqu'une décision est susceptible de contrevenir aux droits du syndicat.

5

6

7

The principal, if not the sole, reason for BC Tel's application to the CRTC was to determine who could do the work in light of the arbitration award of July 19, 1991 (the "Glass Award") involving TWU. This is what prompted BC Tel to submit a revised Support Structure Agreement to the CRTC for approval, in October 1991. Before the CRTC, BC Tel argued that the Glass Award made it impossible for the company to allow anyone other than its own employees to attach equipment on its support structures. Shaw Cable opposed this position. In my view, it was clearly unfair not to provide notice of the proceedings in these circumstances.

8

To support her conclusion, L'Heureux-Dubé J. relies on the decision in *Canadian Transit Co. v. Canada (Public Service Staff Relations Board)*, [1989] 3 F.C. 611 (C.A.), for the proposition that, in order to be entitled to notice, one's interest must not merely be affected by virtue of a contractual relationship with one of the regulated parties immediately involved in the proceedings. Generally, I am in agreement that it would potentially be unduly onerous on regulatory agencies if notice had to be provided to all individuals having contractual relations with a regulated party. As my colleague observes, there are a myriad of decisions of a regulatory agency which could have an indirect impact on individuals simply because they are privy to a contract with the regulated party. For example, any decision of the CRTC which impacts on the financial status of a party falling within its regulatory jurisdiction will likely also incidentally affect those with whom that party contracts. Surely, this alone is an insufficient contingent interest to warrant the existence of a duty to provide notice of the proceedings before the administrative tribunal.

9

However, in my view, there are special circumstances which arise in this case such that the *audi alteram partem* rule mandates that formal notice be given to TWU. The central focus of the ruling

BC Tel a saisi le CRTC de sa demande afin, principalement, sinon uniquement, qu'il détermine qui avait le droit d'effectuer le travail compte tenu de la sentence arbitrale rendue le 19 juillet 1991 (le «jugement Glass»), mettant en cause le TWU. C'est ce qui a incité BC Tel à soumettre à l'approbation du CRTC en octobre 1991 un accord révisé relatif aux structures de soutènement. Devant le CRTC, BC Tel a fait valoir que, vu le jugement Glass, la compagnie était dans l'impossibilité de permettre à des personnes autres que ses propres employés d'installer des câbles sur sa structure de soutènement. Shaw Cable a exprimé son opposition à cet égard. À mon avis, l'omission de donner avis de la procédure était, dans les circonstances, manifestement injuste.

À l'appui de sa conclusion, le juge L'Heureux-Dubé s'appuie sur l'arrêt *Canadian Transit Co. c. Canada (Commission des relations de travail dans la Fonction publique)*, [1989] 3 C.F. 611 (C.A.), pour soutenir que, pour qu'une personne ait droit à un avis, son intérêt ne doit pas découler simplement d'un lien contractuel avec l'une des parties assujetties à la réglementation et directement concernées. De façon générale, je conviens que ce serait imposer un fardeau peut-être trop lourd aux organismes de réglementation que d'exiger qu'ils avisent tout individu ayant un lien contractuel avec une partie visée par un règlement. Ainsi que ma collègue le signale, une multitude de décisions rendues par un organisme de réglementation sont susceptibles de toucher indirectement des individus du seul fait que ceux-ci sont partie à un contrat avec la partie assujettie à la réglementation. Ainsi, selon toute vraisemblance, la décision du CRTC dont l'effet se fait sentir sur la situation financière d'une partie assujettie à sa compétence en matière de réglementation touchera également, de façon indirecte, les personnes liées par contrat à cette partie. Indiscutablement, ce seul intérêt éventuel ne justifie pas l'obligation de donner avis de la procédure soumise au tribunal administratif.

À mon avis, toutefois, étant donné les circonstances particulières de la présente affaire, la règle *audi alteram partem* commande que le TWU soit formellement avisé. La nœud de la décision du

of the CRTC specifically concerns the very subject matter of the contract between the BC Tel and TWU. Thus, the interest at stake is not simply a contingent one flowing solely from the effect of the decision on BC Tel. As I have stated, the question the CRTC had to address was whether Shaw Cable and other cable companies were entitled to do the work on BC Tel's support structures. This is precisely what the Glass Award precluded as a result of the interpretation of article 3(1) of the collective agreement. In my view, the passage cited by L'Heureux-Dubé J. from the *Canadian Transit* case was not intended to apply to situations where the administrative tribunal must actually address a key aspect of the contract directly pertaining to the rights of a third party. The CRTC was well aware of BC Tel's position that the arbitration award prevented it from allowing anyone other than members of the TWU to attach equipment to its facilities. The decision of the CRTC would have a direct bearing on the viability of a specific provision in the collective agreement. In my view, in such a situation it cannot be contended that the interest was indirect merely because it is derived from the contract.

Furthermore, the practical problems that might be associated with any duty to notify individuals in a contractual relation with a regulated party are absent in this case. In fact, following the arbitration award of January 25, 1983 (the "Williams Award"), when the Canadian Cable Television Association ("CCTA") applied to the CRTC, in 1987, for an order requiring BC Tel to permit cable licensees, including Shaw Cable, to install their own coaxial cables on BC Tel's support structures, the CRTC permitted TWU to participate. The CRTC knew that TWU's contributions could be very helpful. In a letter decision dated July 28, 1987, the CRTC wrote the following:

On 2 April 1987, the TWU wrote to the Commission advising of its interest in the CCTA's application. By letter dated 27 April 1987, the Commission indicated that it could benefit from the views of the TWU and set

CRTC se rapporte particulièrement au contrat même qui lie BC Tel et le TWU. Aussi, l'intérêt qui est en jeu n'est pas qu'un intérêt éventuel qui naît uniquement de la décision relative à BC Tel. Comme je l'ai mentionné, le CRTC devait déterminer si Shaw Cable et d'autres entreprises de télé-distribution pouvaient effectuer le travail sur les structures de soutènement de BC Tel. C'est exactement ce que le jugement Glass a interdit suivant son interprétation de l'article 3(1) de la convention collective. À mon avis, le passage de l'arrêt *Canadian Transit* cité par le juge L'Heureux-Dubé ne visait pas les cas où le tribunal administratif doit, en fait, se pencher sur un aspect clé du contrat qui se rapporte directement aux droits d'un tiers. Le CRTC connaissait fort bien la position de BC Tel, suivant laquelle la sentence arbitrale lui interdisait de permettre à des personnes autres que les membres du TWU d'installer des câbles sur son équipement. La décision du CRTC aurait une conséquence directe sur la viabilité d'une disposition donnée de la convention collective. À mon avis, dans pareil cas, on ne saurait soutenir que l'intérêt était indirect uniquement parce qu'il procédait d'un contrat.

Du reste, les problèmes que pourrait en pratique provoquer l'obligation d'aviser les individus qui ont un lien contractuel avec une partie assujettie à la réglementation ne se posent pas en l'espèce. En fait, suivant la sentence arbitrale rendue le 25 janvier 1983 (le «jugement Williams»), lorsque l'Association canadienne de télévision par câble («l'ACTC») a demandé au CRTC en 1987 de rendre une ordonnance contraignant BC Tel à permettre aux entreprises de télédistribution, y compris Shaw Cable, d'installer leurs propres câbles coaxiaux sur les structures de soutènement de BC Tel, le CRTC a permis au TWU de prendre part à la procédure. Le CRTC savait que l'apport du TWU pourrait se révéler des plus utile. Dans une lettre-décision datée du 28 juillet 1987, le CRTC a écrit ce qui suit:

[TRADUCTION] Le 2 avril 1987, le TWU a informé le Conseil de son intérêt dans la demande soumise par l'ACTC. Dans une lettre du 27 avril 1987, le Conseil a indiqué qu'il pourrait tirer profit des opinions du TWU

out the procedure to be followed by the TWU, B.C. Tel and the CCTA in addressing the issues. [Emphasis added.]

et a exposé la procédure à suivre par le TWU, B.C. Tel et l'ACTC relativement à ces questions. [Je souligne.]

11 Given the fact that TWU was a party to the proceedings in 1987, the CRTC would have been aware that the interests of the union were substantially and equally at stake in the application leading to Decision 92-4 since the question to be considered was essentially identical. The only difference was that, in the interim, TWU had succeeded in obtaining a second arbitration award in its favour, which effectively rendered it impossible for BC Tel to comply with the CRTC's previous order in 1987. As an aside, it should be noted that Shaw Cable was given notice of the Glass arbitration proceedings and was invited to participate, although they declined. This is also indicative of the interrelation between the issues and interests at stake in the proceedings before the labour arbitration panels and the CRTC.

Comme le TWU était partie à la procédure de 1987, le CRTC devait savoir que le syndicat avait un intérêt tout aussi important dans la demande ayant abouti à la décision 92-4 puisque la question posée était essentiellement identique. La seule différence réside dans le fait que, dans l'intervalle, le TWU a réussi à obtenir une seconde sentence arbitrale en sa faveur, laquelle empêchait effectivement BC Tel de respecter l'ordonnance antérieure du CRTC rendue en 1987. En passant, il y a lieu de remarquer que Shaw Cable a été avisée de la procédure d'arbitrage devant Glass et invitée à y participer, invitation qu'elle a toutefois déclinée. Cela illustre également la corrélation entre les questions soulevées et les intérêts qui sont en jeu dans les procédures soumises aux conseils d'arbitrage et au CRTC.

12 It was readily apparent that any order the CRTC made which conflicted with the Glass Award would directly affect the union's rights. The whole basis for BC Tel's application (and therefore Shaw Cable's application in response) was the arbitration awards. Thus, in my opinion, there would have been no practical hardship created whatsoever in requiring the CRTC to give notice to TWU in the present circumstances.

Il était évident que toute ordonnance du CRTC rendue en contradiction avec le jugement Glass toucherait directement les droits du syndicat. La demande de BC Tel (et donc la demande de Shaw Cable en réponse) était fondée uniquement sur les sentences arbitrales. Aussi, suis-je d'avis que contraindre le CRTC à aviser le TWU n'aurait dans les circonstances actuelles engendré aucune difficulté d'ordre pratique.

13 The decision of the Federal Court of Appeal in *Canadian Transit, supra*, supports my conclusion that formal notice was appropriate and necessary in these circumstances. In that case, customs employees requested an enquiry by the Public Service Staff Relations Board in order to determine whether working conditions on a bridge between Windsor, Ontario, and Detroit, Michigan, were unsafe. The bridge was owned and operated by the Canadian Transit Co. Pursuant to the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), the owner of the bridge would be responsible for the cost of any repairs that had to be effected in order to ensure that safety requirements were met. The Board held that the conditions on the bridge were unsafe and ordered the government employer to make the nec-

La décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans *Canadian Transit*, précitée, vient appuyer ma conclusion que l'avis formel était aussi opportun que nécessaire dans les circonstances. Dans cette affaire, des employés des douanes ont demandé à la Commission des relations de travail dans la Fonction publique d'enquêter sur la sécurité des conditions de travail sur le pont reliant Windsor (Ontario) et Detroit (Michigan). Canadian Transit Co. était la propriétaire et l'exploitante du pont. Selon la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), le propriétaire du pont doit assumer le coût des réparations nécessaires au respect des exigences en matière de sécurité. Ayant conclu que les conditions sur le pont étaient dangereuses, la Commission a ordonné à l'employeur, le gouverne-

essary safety changes. As a result, Canadian Transit Co. would be responsible for these costs.

Canadian Transit Co. sought judicial review of the Board's decision on the ground that it did not receive notice of the proceedings and was not afforded an opportunity to participate. The Federal Court of Appeal unanimously allowed the application and remitted the matter back for a re-hearing at which Canadian Transit Co. would be allowed standing. Marceau J.A., writing the majority reasons, observed that the Board had no authority over Canadian Transit Co. since it was not the employer in the context of those proceedings. Nonetheless, the implementation of the Board's decision would directly and necessarily affect the rights of the company. Similarly, in concurring reasons, MacGuigan J.A. stated that, although the Board's order was directed only to the employer, "the consequences for the applicant were immediate" (p. 618).

In the case at bar, just as in the *Canadian Transit* case, the administrative body was clearly aware of the applicant's interest. To borrow the words of MacGuigan J.A., "this real interest of the applicant was in a sufficiently direct relationship to the subject-matter before the Board that the applicant was entitled to notice of the hearing . . . and an adequate opportunity to present its case" (p. 624).

In my view, all of the foregoing suggests that the rules of natural justice required TWU to be notified and provided with an opportunity to be heard. However, it remains to be examined whether there are any provisions within the statutory scheme governing the powers of the CRTC which would alter this conclusion.

B. *The Effect of the Statutory Scheme*

In my colleague's reasons, L'Heureux-Dubé J. argues that even if the rules of natural justice would normally have required the CRTC to furnish notice of the proceedings to TWU, s. 72 of the

ment, d'apporter les modifications nécessaires à cet égard. Canadian Transit Co. devrait en assumer les coûts.

Canadian Transit Co. a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la Commission, soutenant ne pas avoir reçu avis de la procédure ni avoir été invitée à y participer. La Cour d'appel fédérale à l'unanimité a accueilli la demande et renvoyé l'affaire afin que soit tenue une nouvelle audience, dans le cadre de laquelle Canadian Transit Co. aurait qualité pour agir. Le juge Marceau, se prononçant au nom de la majorité, a noté que la Commission n'avait aucune autorité à l'égard de Canadian Transit Co., puisque cette dernière n'était pas l'employeur dans le cadre de cette procédure. Néanmoins, la mise en application de la décision de la Commission toucherait directement et nécessairement les droits de la compagnie. De même, dans des motifs concordants, le juge MacGuigan a indiqué que, bien que l'ordonnance de la Commission ne s'adresse qu'à l'employeur, «elle avait des conséquences immédiates pour la requérante» (p. 618).

En l'espèce, tout comme dans l'affaire *Canadian Transit*, l'organisme administratif était parfaitement conscient de l'intérêt de la requérante. Pour emprunter les propos du juge MacGuigan, «cet intérêt réel avait un lien suffisamment direct avec la question dont était saisie la Commission pour donner droit à la requérante à un avis de l'audience [. . .] et à la possibilité suffisante d'y exposer son point de vue» (p. 624).

À mon avis, on peut inférer de tout ce qui précède que les règles de justice naturelle commandaient que le TWU soit avisé et ait la possibilité d'être entendu. Reste toutefois à savoir s'il existe dans le régime législatif des dispositions régissant les pouvoirs du CRTC qui pourraient modifier ma conclusion.

B. *L'effet du régime législatif*

Dans ses motifs, ma collègue le juge L'Heureux-Dubé soutient que même si les règles de justice naturelle avaient normalement exigé que le CRTC avise le TWU de la procédure, l'art. 72

14

15

16

17

National Telecommunications Powers and Procedures Act, R.S.C., 1985, c. N-20 (“*NTPPA*”), relieves the CRTC of that obligation. That provision places a duty on every company subject to a proceeding before the CRTC to notify any of its officers and servants that may be affected by the outcome of the hearing. Therefore, in this case, BC Tel had a duty under s. 72 to notify TWU. With respect, I cannot agree that a provision which obliges a party to a proceeding to provide notice can absolve an administrative tribunal from its duty to comply with the dictates of natural justice. The effect of this would be that a failure on the part of a regulated party to give notice to another interested party in accordance with s. 72 could result in a denial of natural justice without recourse. This is an extraordinary proposition. Rules of procedure frequently leave it to the parties to give notice, but failure to do so is a defect in the proceedings which entitles an aggrieved party to relief irrespective of the origin of responsibility for the default.

de la *Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications*, L.R.C. (1985), ch. N-20 («*LNAT*»), l’en dispense. Suivant cette disposition, toute compagnie intéressée par une procédure soumise au CRTC est tenue d’en aviser les membres de son personnel susceptibles d’être concernés par l’issue de l’audition. Par conséquent, en l’espèce, BC Tel était tenue, conformément à l’art. 72, d’aviser le TWU. Avec égards, je ne puis convenir qu’une disposition qui oblige une partie à une procédure à donner un avis puisse dégager un tribunal administratif de son obligation de respecter les principes de justice naturelle. Autrement, l’omission de la part d’une partie visée par un règlement de donner avis à une autre partie intéressée conformément à l’art. 72 risquerait d’entraîner un déni de justice naturelle à l’égard duquel aucun recours ne serait offert. Il s’agit là d’une proposition étonnante. Il arrive fréquemment que les règles de procédure laissent à la discrétion des parties la décision de donner un avis, mais l’omission de le faire est un vice de procédure qui autorise la partie lésée à demander réparation, peu importe qui est fautif.

18

It is true that, generally, the employer is in the best situation to know whether the employees’ interests are at stake. However, in circumstances where, to the knowledge of the CRTC, the officers or servants of a party will be directly affected by the proceedings, nothing in s. 72 abrogates the CRTC’s duty to fulfil the requirements of natural justice. Therefore, in the special circumstances of this case, where TWU had been a participant in the 1987 proceedings and the principal reason for the application was to consider who was to perform the work on the support structures in light of article 3(1) of the collective agreement, the rules of natural justice required the CRTC to ensure notice was given, regardless of the employer’s obligations under the *NTPPA*. Procedural fairness is the right of the interested parties and the duty of the administrative tribunal. This does not change where an additional notice obligation is placed on one of the regulated parties.

Certes, en général, l’employeur est le mieux placé pour déterminer si les intérêts de ses employés sont en jeu. Toutefois, dans les cas où le CRTC sait que les membres du personnel d’une partie seront directement touchés par la procédure, rien dans l’art. 72 ne vient annuler son obligation de respecter les exigences de justice naturelle. Par conséquent, compte tenu des circonstances particulières de la présente affaire, à savoir que le TWU avait pris part à la procédure en 1987 et que la demande visait principalement à déterminer qui devait effectuer le travail sur les structures de soutien suivant l’article 3(1) de la convention collective, les règles de justice naturelle contraignaient le CRTC à faire en sorte qu’un avis soit donné, quelles que soient les obligations de l’employeur sous le régime de la *LNAT*. L’équité procédurale est un droit pour les parties intéressées et une obligation pour le tribunal administratif. Cette situation ne change pas lorsque une obligation additionnelle de donner avis est imposée à l’une des parties assujetties à la réglementation.

My colleague also refers to s. 66 *NTPPA* as providing the appropriate remedy for employees who have not been given notice. That section grants the CRTC the power to vary any order or re-hear any application. However, it must be observed that the language used in s. 66 is permissive. In other words, the CRTC has the discretion to vary or re-hear the application. The provision does not provide a right of appeal nor a right to have the decision of the CRTC reviewed on the grounds of a denial of natural justice. Where natural justice requires that a party be given notice and a tribunal fails to provide such notice, the aggrieved party is entitled to judicial review of the decision. It is not an adequate alternative remedy to request that the tribunal, in its discretion, re-hear the application after it has already decided it.

Similarly, contrary to Shaw Cable's argument, I do not believe that s. 74 *NTPPA* is of any assistance in the present appeal. Clearly, that provision applies where, for reasons of urgency or other sufficient reason, the CRTC decides to proceed with a matter without notice. In that case, pursuant to s. 74(2), a party otherwise normally entitled to notice may apply to the CRTC to have the decision varied or amended. However, it is apparent that s. 74 contemplates a situation where natural justice entitles a party to notice and the CRTC, having addressed its mind to the issue, proceeds without notice, in any event, for reasons it deems sufficient. This did not occur in the present case. The CRTC simply neglected to provide any notice to TWU, apparently believing that it was not required. There is absolutely no indication that the CRTC actually decided to proceed with the application without notifying TWU based on any "ground of urgency, or for other reason". Thus, in my view, s. 74 is inapplicable in the instant case.

While it is true that the rules of natural justice are dependent on the statutory scheme governing the administrative tribunal, there must be clear statutory language in order to detract from the

Ma collègue signale également que l'art. 66 *LNAT* prescrit la réparation qu'il convient d'accorder aux employés qui n'ont pas été avisés. Cette disposition confère au CRTC le pouvoir de modifier toute ordonnance ou d'entendre à nouveau une demande. Il y a cependant lieu de remarquer que le libellé de l'art. 66 accorde une faculté. En d'autres termes, le CRTC a le pouvoir discrétionnaire de modifier l'ordonnance ou d'entendre à nouveau la demande. La disposition ne prévoit aucun droit d'appel, ni aucun contrôle judiciaire de la décision du CRTC qui soit fondé sur un déni de justice naturelle. Lorsque la justice naturelle commande qu'une partie soit avisée et que le tribunal ne respecte pas cette obligation, la partie lésée peut demander le contrôle judiciaire de la décision. Il ne convient pas de demander subsidiairement que le tribunal, à sa discrétion, entende à nouveau la demande après qu'il se soit prononcé à cet égard.

De même, contrairement à l'argument avancé par Shaw Cable, je ne crois pas que l'art. 74 *LNAT* soit de quelque assistance dans le présent pourvoi. De toute évidence, cette disposition s'applique lorsque, pour cause d'urgence ou pour toute autre raison suffisante, le CRTC décide d'aller de l'avant dans une affaire sans qu'avis soit donné. Dans ce cas, conformément au par. 74(2), une partie qui aurait normalement droit à l'avis peut demander au CRTC de modifier sa décision. Or, l'art. 74 vise plutôt le cas où la justice naturelle commande qu'une partie soit avisée et où, après s'être penché sur la question, le CRTC agit quand même sans avoir donné avis, pour une raison qu'il juge suffisante. Ce n'est pas ce qui s'est produit en l'espèce. Le CRTC a simplement négligé de donner avis au TWU, estimant apparemment qu'il n'avait pas à le faire. Il n'y a pas la moindre indication que le CRTC a effectivement décidé d'entendre la demande sans aviser le TWU «pour cause d'urgence ou pour toute autre raison». Aussi, suis-je d'avis que l'art. 74 n'a aucune application en l'espèce.

Si les règles de justice naturelle sont déterminées suivant le régime législatif qui régit le tribunal administratif, il faut un libellé clair pour déroger aux principes ordinaires d'équité procédurale.

19

20

21

ordinary principles of procedural fairness. I find the words of Rinfret C.J. in *Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Quebec Labour Relations Board*, [1953] 2 S.C.R. 140, [1953] 4 D.L.R. 161, at p. 174 D.L.R., to be apposite in the present context:

[TRANSLATION] The principle that no one should be condemned or deprived of his rights without being heard, and above all without having received notice that his rights would be put at stake, is of a universal equity and it is not the silence of the law that should be invoked in order to deprive anyone of it. In my opinion, nothing less would be necessary than an express declaration of the Legislature in order to put aside this requirement which applies to all Courts and to all the bodies called upon to render a decision that might have the effect of annulling a right possessed by an individual. [Emphasis added.]

This principle applies not only to the entitlement to natural justice but to the right to judicial review when natural justice is denied.

22 In this case, it cannot be said that any of the statutory language employed relieves the CRTC of its duty to provide notice to TWU in accordance with the principle of *audi alteram partem*. Nor does the *NTPPA* remove recourse to the courts when there is a failure to comply with the dictates of procedural fairness.

23 It is also worth pointing out that in the companion case, this Court has concluded that, in the event of a conflict, the decision of the CRTC must take precedence over that of the arbitration board. For this reason, it becomes all the more important for TWU to be afforded an opportunity to be heard by the CRTC in order to attempt to preserve its rights.

24 As a result, I am of the view that the failure to notify TWU of the proceedings before the CRTC amounted to a denial of natural justice. While notice need not be given to every union which has a collective agreement with a company that is regulated by the CRTC, I believe that the unique circumstances of this case, which I have discussed above, required that notice be furnished to TWU.

Les propos du juge en chef Rinfret dans *Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. Quebec Labour Relations Board*, [1953] 2 R.C.S. 140, à la p. 154, sont à mon avis fort à propos dans le présent contexte:

Le principe que nul ne doit être condamné ou privé de ses droits sans être entendu, et surtout sans avoir même reçu avis que ses droits seraient mis en jeu est d'une équité universelle et ce n'est pas le silence de la loi qui devrait être invoqué pour en priver quelqu'un. À mon avis, il ne faudrait rien moins qu'une déclaration expresse du législateur pour mettre de côté cette exigence qui s'applique à tous les tribunaux et à tous les corps appelés à rendre une décision qui aurait pour effet d'annuler un droit possédé par un individu. [Je souligne.]

Ce principe vaut non seulement pour le droit à la justice naturelle, mais également pour le droit à un contrôle judiciaire en cas de déni de justice naturelle.

Dans la présente affaire, on ne saurait prétendre que le libellé législatif dispense le CRTC de son obligation d'aviser le TWU conformément à la règle *audi alteram partem*. Ni que la *LNAT* exclut tout recours aux tribunaux en cas de non-respect des principes d'équité procédurale.

Il convient également de signaler que, dans l'arrêt connexe, notre Cour a conclu qu'en cas de conflit, la décision du CRTC doit avoir priorité sur celle d'un conseil arbitral. Il devient donc d'autant plus important pour le TWU de pouvoir se faire entendre par le CRTC afin de tenter de défendre ses droits.

En conclusion, je suis d'avis que l'omission d'aviser le TWU de la procédure soumise au CRTC a engendré un déni de justice naturelle. Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'aviser chaque syndicat lié par une convention collective à la compagnie assujettie à la réglementation du CRTC, j'estime que les circonstances uniques de la présente affaire, exposées ci-dessus, commandaient qu'avis soit donné au TWU.

IV. Disposition

For all of the foregoing reasons, I would allow the appeal and order the CRTC to re-consider its decision after affording TWU an opportunity to be heard.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This case was heard at the same time as the companion case of *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739, and arises out of the same factual circumstances. *British Columbia Telephone* concerns a statutory appeal by the British Columbia Telephone Company (“BC Tel”) of Telecom Letter Decision CRTC 92-4 (“Decision 92-4”). This appeal, on the other hand, concerns an application for judicial review by the Telecommunications Workers Union (“TWU”) of the same letter decision. Decision 92-4 and the factual circumstances giving rise to this appeal are both described in detail in my reasons in *British Columbia Telephone*.

As regards the procedural history of the case at hand, the TWU’s application for judicial review was first heard by the Federal Court of Appeal and was rejected: [1993] F.C.J. No. 444 (QL). In brief reasons, Mahoney J.A., writing on behalf of a unanimous Court of Appeal, noted that the issues raised by the TWU’s application for judicial review were, with one exception, substantially identical to those raised by BC Tel in its statutory appeal from Decision 92-4 (which forms the subject matter of *British Columbia Telephone*). Mahoney J.A. then went on to state:

The ground for this application that is different from those raised on the [statutory] appeal is that TWU was denied natural justice by the CRTC [Canadian Radio-television and Telecommunications Commission] because it was not given notice of the applications which led to decision 92-4.

IV. Dispositif

Pour tous ces motifs, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et d’ordonner au CRTC de reconsidérer sa décision après avoir accordé au TWU la possibilité d’être entendu.

Le jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Major a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Ce pourvoi a été entendu en même temps que le pourvoi connexe *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739, et origine des mêmes faits. L’affaire *British Columbia Telephone* concerne un appel interjeté par la British Columbia Telephone Company («BC Tel») à l’encontre de la lettre-décision Télécom CRTC 92-4 («décision 92-4») tel que prévu à la loi. Le présent pourvoi, par contre, concerne une demande de contrôle judiciaire de la part de Telecommunications Workers Union («TWU») relativement à la même lettre-décision. La décision 92-4 et les faits qui ont donné naissance à ce pourvoi sont décrits de façon détaillée dans les motifs que j’ai rédigés dans *British Columbia Telephone*.

En ce qui concerne l’historique des procédures dans le cas qui nous occupe, la demande de contrôle judiciaire de TWU a d’abord été soumise à la Cour d’appel fédérale, qui l’a rejetée: [1993] A.C.F. n° 444 (QL). Dans des motifs succincts, le juge Mahoney, s’exprimant au nom de la Cour d’appel à l’unanimité, a signalé que les moyens invoqués à l’appui de la demande de contrôle judiciaire de TWU étaient, à une exception près, essentiellement les mêmes que ceux invoqués par BC Tel dans son appel formé en vertu de la loi à l’encontre de la décision 92-4 (sur laquelle porte l’arrêt *British Columbia Telephone*). Le juge Mahoney a ajouté:

Le motif sous-jacent à la présente demande et qui diffère de ceux soulevés en appel [en vertu de la loi] est que le CRTC [Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes] n’a pas respecté les principes de la justice naturelle à l’égard de TWU en ne donnant pas à celui-ci un avis des demandes qui sont à l’origine de la décision 92-4.

25

26

27

In the [statutory] appeal, it has been decided that the CRTC had not the jurisdiction to order BC Tel to violate the collective agreement by doing again that which had been conclusively determined to be a violation by an arbitration board constituted as required by the *Canada Labour Code*. It seems to me that the corollary is that TWU was not entitled to notice of the applications since the CRTC had not the jurisdiction to deprive TWU or its members of any rights they had under the collective agreement. I would, for that reason, and because allowing the [statutory] appeal has rendered it otherwise moot, dismiss this application for judicial review.

It is from this decision that the appellant appeals to this Court.

28

While the appellant raised several grounds in its initial application for judicial review before the Federal Court of Appeal, only two of these grounds are pursued in the appeal to this Court of the Federal Court of Appeal's decision. First, the TWU argues that the CRTC's failure to provide it with notice of the proceedings which resulted in Decision 92-4 deprived the CRTC of its jurisdiction and that as such Decision 92-4 is invalid. Second, the TWU claims that Decision 92-4 should be overturned on the ground that the CRTC erred in law and exceeded its jurisdiction by allegedly failing to follow its established policy of deferring to decisions of arbitration boards constituted by BC Tel and the TWU with respect to the work jurisdiction of BC Tel employees.

Failure to Provide Notice

29

The *audi alteram partem* rule, which is a component of the principles of natural justice and of procedural fairness, requires that a person who is a party to proceedings before a tribunal be informed of the proceedings and provided with an opportunity to be heard by the tribunal.

30

The appellant TWU argues that it has an interest in Decision 92-4 and that consequently it was entitled to the aforementioned procedural protections as regards that decision. Specifically, the TWU argues that Decision 92-4 will have an effect on the work jurisdiction given to members of the

Il a été statué en appel [prévu dans la loi] que le CRTC n'avait pas le pouvoir d'enjoindre à BC Tel de violer la convention collective en accomplissant à nouveau un acte qu'un conseil d'arbitrage constitué conformément au *Code canadien du travail* avait assimilé, de manière définitive, à une violation. Il me semble s'ensuivre que TWU n'avait pas droit à un avis relatif aux demandes puisque le CRTC n'avait pas le pouvoir de priver TWU ou ses membres des droits que leur conférait la convention collective. Pour cette raison, et parce que le fait d'accueillir l'appel [prévu dans la loi] l'a privée par ailleurs de tout objet, je suis d'avis de rejeter la présente demande de contrôle judiciaire.

L'appelant se pourvoit contre cette décision devant notre Cour.

Quoique l'appelant ait invoqué plusieurs moyens dans sa requête initiale de contrôle judiciaire devant la Cour d'appel fédérale, il en reprend seulement deux dans le pourvoi formé devant notre Cour contre la décision de la Cour d'appel fédérale. D'une part, TWU fait valoir que l'omission du CRTC de lui avoir donné avis de la procédure qui a abouti à la décision 92-4 a privé le CRTC de sa compétence et, pour cette raison, cette décision est invalide. TWU soutient, d'autre part, que la décision 92-4 devrait être infirmée pour le motif que le CRTC a commis une erreur de droit et excédé sa compétence du fait qu'il n'aurait pas suivi sa politique de déférence à l'égard des décisions des conseils d'arbitrage constitués par BC Tel et TWU relativement à l'aire de travail des employés de BC Tel.

Omission de donner avis

La règle *audi alteram partem*, qui est une composante des principes de justice naturelle et d'équité procédurale, requiert qu'une partie à une procédure devant un tribunal en soit informée et ait la possibilité d'être entendue par le tribunal.

L'appelant TWU fait valoir qu'il a un intérêt dans la décision 92-4 et qu'à ce titre, il doit bénéficier des protections procédurales mentionnées précédemment relativement à cette décision. Plus précisément, TWU soutient que la décision 92-4 aura des répercussions sur l'aire de travail réservée à

TWU. Consequently, the TWU argues that it was entitled to notice of the proceedings leading to the decision and that in the absence thereof the decision is invalid.

The respondent Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd., on the other hand, contends that the TWU was not entitled to notice because its interest in the CRTC proceedings in question was purely indirect. In this respect, the respondent referred to the comments of Marceau J.A. in *Canadian Transit Co. v. Canada (Public Service Staff Relations Board)*, [1989] 3 F.C. 611 (C.A.), at p. 614:

It is clear to me that mere interest in the eventual outcome of a proceeding before a tribunal, whether financial or otherwise, is not in itself sufficient to give an individual a right to participate therein. The demands of natural justice and procedural fairness certainly do not require so much and in any event it would be impossible in practice to go that far. In my judgment, to be among the interested parties that a tribunal ought to involve in a proceeding before it to satisfy the requirements of the *audi alteram partem* principle, an individual must be directly and necessarily affected by the decision to be made. His interest must not be merely indirect or contingent, as it is when the decision may reach him only through an intermediate conduit alien to the preoccupation of the tribunal, such as a contractual relationship with one of the parties immediately involved. [Emphasis added.]

In general, I agree with the submissions of the respondent. In my view, the TWU's interest in the proceedings before the CRTC was purely indirect. The CRTC decision concerned questions of telecommunication policy. The CRTC was required to decide on the best way to regulate a monopoly telephone company in order to preserve the public interest. The purpose behind the CRTC decision was totally unrelated to the "work jurisdiction" of the TWU. In fact, such a consideration would have been irrelevant to the CRTC decision. Consequently, the TWU had no relevant interest to represent before the CRTC. While the TWU may have been affected by the CRTC decision, the effect of this decision on the TWU was purely indirect. Accordingly, I conclude that *audi alteram*

ses membres. Par conséquent, TWU soutient qu'il avait le droit d'être avisé de la procédure qui a mené à la décision, à défaut de quoi cette dernière est invalide.

Pour sa part, l'intimée Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd. prétend que TWU n'était pas en droit de recevoir tel avis puisque son intérêt dans la procédure soumise au CRTC était purement indirect. À cet égard, l'intimée s'est référée aux commentaires du juge Marceau dans *Canadian Transit Co. c. Canada (Commission des relations de travail dans la Fonction publique)*, [1989] 3 C.F. 611 (C.A.), à la p. 614:

Il me semble clair que le seul intérêt dans l'issue éventuelle d'une affaire soumise à un tribunal, qu'il soit pécuniaire ou autre, ne suffit pas en lui-même à conférer à un particulier qualité pour agir. Les exigences de la justice naturelle et de l'équité dans la procédure n'en demandent certainement pas tant, et en tout état de cause, il serait impossible en pratique d'aller jusque là. À mon sens, pour compter au nombre des parties intéressées auxquelles un tribunal doit accorder qualité pour agir dans une affaire dont il est saisi afin de satisfaire aux exigences de la règle *audi alteram partem*, un particulier doit être touché directement et nécessairement par la décision à rendre. Son intérêt ne doit pas être simplement indirect ou éventuel, comme c'est le cas lorsqu'une décision peut l'atteindre par un intermédiaire étranger aux préoccupations du tribunal, tel un rapport contractuel avec une des parties directement concernées. [Je souligne.]

De façon générale, je souscris aux prétentions de l'intimée. À mon avis, l'intérêt de TWU dans l'affaire soumise au CRTC était purement indirect. La décision du CRTC en était une de politique en matière de télécommunications. Le CRTC devait décider de la meilleure façon de réglementer une compagnie de téléphone monopoliste afin de protéger l'intérêt public. L'objectif sous-jacent à la décision du CRTC n'avait absolument rien à voir avec «l'aire de travail» de TWU. En fait, une telle considération n'aurait pas été pertinente quant à la décision du CRTC. TWU n'avait donc aucun intérêt pertinent à faire valoir devant le CRTC. Si TWU risquait d'être touché par la décision du CRTC, ce ne pouvait être que de façon purement indirecte. Pour ce motif, je conclus que la règle

31

32

partem did not require that the TWU be provided with notice of the CRTC hearing. The TWU was not a party nor did it have a direct interest in the proceedings before the tribunal.

audi alteram partem ne commandait pas que TWU soit avisé de l'audience du CRTC. TWU n'était pas une partie, ni n'avait-il un intérêt direct dans l'affaire soumise au tribunal.

33 In this respect, it is important to note that a finding in the case at hand that the TWU was entitled to notice would have grave consequences that could paralyse regulatory agencies. Effectively, it would mean that all individuals with contractual relations with a regulatee would have to be given notice of regulatory proceedings concerning that regulatee if such proceedings were likely to effect, even indirectly, the person in question. Given the wide scope of many regulatory agencies, their decisions are likely to have an indirect effect on a large number of individuals in contractual relations with the regulatee. As a result, all such parties would have to be provided with notice of the regulatory proceedings. This is particularly problematic in light of the extreme difficulty of ascertaining exactly who these parties are in advance of the hearing and the possibility that, in the absence of notice, these parties would be able to challenge the legality of the regulatory decision. This could result in an endless series of challenges that would effectively paralyse regulatory agencies. Accordingly, the *audi alteram partem* rule should not be interpreted as requiring that notice be provided to parties indirectly affected by regulatory proceedings.

À cet égard, il importe de signaler que conclure ici que TWU avait droit à un avis aurait des conséquences sérieuses susceptibles de paralyser les organismes de réglementation. En effet, il en découlerait que tout individu ayant un lien contractuel avec une personne visée par un règlement devrait recevoir avis de la procédure de réglementation visant cette personne si une telle procédure était susceptible de le toucher, même indirectement. Étant donné l'étendue des attributions de nombreux organismes de réglementation, leurs décisions sont susceptibles de toucher indirectement un grand nombre d'individus ayant un lien contractuel avec une personne visée par un règlement. Ainsi, toutes ces parties devraient recevoir avis de la procédure de réglementation. Ceci est particulièrement problématique étant donné la très grande difficulté de déterminer avec exactitude avant l'audition qui sont ces parties et vu la possibilité qu'en l'absence de tel avis, ces dernières pourraient contester la légalité de la décision de l'organisme de réglementation. Cela serait susceptible d'entraîner un nombre infini de contestations qui paralyseraient effectivement les organismes de réglementation. Par conséquent, la règle *audi alteram partem* ne devrait pas être interprétée de façon à exiger qu'un avis soit donné aux parties indirectement touchées par des procédures en matière de réglementation.

34 However, even if I am wrong and the *audi alteram partem* rule would normally have required the CRTC to notify the TWU of the proceedings in question, in my view, s. 72 of the *National Telecommunications Powers and Procedures Act*, R.S.C., 1985, c. N-20 ("*NTPPA*"), effectively relieves the CRTC of this obligation. Section 72 *NTPPA* read as follows at the time of the issuance of Decision 92-4:

En revanche, même si j'ai tort et que le CRTC aurait normalement dû, en conformité avec la règle *audi alteram partem*, aviser TWU de la procédure en question, à mon avis, l'art. 72 de la *Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications*, L.R.C. (1985), ch. N-20 («*LNAT*»), dispense effectivement le CRTC de cette obligation. L'article 72 *LNAT* se lisait ainsi au moment où la décision 92-4 a été rendue:

72. Every company shall, as soon as possible after receiving or being served with any regulation, order, direction, decision, notice, report or other document of the Minister or the Commission, or the inspecting engi-

72. Aussitôt que possible après qu'elle a reçu ou qu'il lui a été signifié un règlement, une ordonnance, des instructions, une décision, un avis, un rapport ou quelque autre document de la part du ministre, de la Commis-

neer, notify each of its officers and servants performing duties that are or may be affected thereby by delivering a copy to them or by posting a copy in some place where their work or duties, or some of them are to be performed.

The effect of this section is to relieve the CRTC of any responsibility to notify the TWU of the proceedings in question. Instead, s. 72 places this responsibility on BC Tel. However, this shift of responsibility would be meaningless if a CRTC decision could still be challenged on the grounds that the TWU was not notified of the proceedings. In my view, s. 72 should therefore be read as shielding CRTC decisions from challenge on the grounds that a regulatee (i.e. BC Tel) failed to notify its employees of the proceedings. Instead, in such circumstances, the appropriate remedy would be for the employees to apply to the CRTC for a re-hearing as permitted by the then applicable s. 66 *NTPPA*:

66. The Commission may review, rescind, change, alter or vary any order or decision made by it or may re-hear any application before deciding it.

As a result, the remedy available to employees would be equivalent to that available to a party provided with inadequate notice by the CRTC under s. 74 *NTPPA*. At the time of the events giving rise to this proceeding, s. 74 *NTPPA* read as follows:

74. (1) Subject to this Act, when the Commission is authorized to hear an application, complaint or dispute, or make any order, on notice to the parties interested, it may, on the ground of urgency, or for other reason appearing to the Commission to be sufficient, notwithstanding any want of or insufficiency in the notice, make the like order or decision in the matter as if due notice had been given to all parties, and the order or decision is as valid and takes effect in all respects as if made on due notice.

(2) Any company or person entitled to notice and not sufficiently notified may, at any time within ten days after becoming aware of an order or decision made under subsection (1), or within such further time as the

sion, ou de l'ingénieur-inspecteur, toute compagnie doit les porter à la connaissance de chacun des membres de son personnel qui remplissent des fonctions que ces pièces concernent ou peuvent concerner, soit en leur remettant une copie, soit en en affichant une copie là où ils doivent accomplir leurs travaux ou leurs fonctions, ou une partie de leurs travaux ou fonctions.

Cet article a pour effet de dégager le CRTC de toute responsabilité d'aviser TWU de la procédure en question. L'article 72 impose plutôt cette obligation à BC Tel. Or, ce transfert de responsabilité serait dénué de sens si une décision du CRTC pouvait tout de même être contestée pour le motif que TWU n'a pas été notifié de la procédure. À mon sens, l'art. 72 devrait être interprété comme mettant les décisions du CRTC à l'abri de toute contestation fondée sur le motif qu'une personne visée par un règlement (soit BC Tel) a omis d'aviser ses employés de la procédure. Dans un tel cas, il conviendrait plutôt de permettre aux employés de demander une nouvelle audition au CRTC comme le permet l'art. 66 *LNAT* qui s'appliquait alors:

66. La Commission peut réviser, abroger ou modifier ses ordonnances ou décisions, ou peut entendre à nouveau une demande qui lui est faite, avant de rendre sa décision.

En conséquence, la réparation ouverte aux employés serait équivalente à celle qui s'offre à la partie ayant reçu un avis insuffisant de la part du CRTC en application de l'art. 74 *LNAT*. Au moment où les événements donnant naissance à la présente procédure se sont déroulés, l'art. 74 *LNAT* se lisait comme suit:

74. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, lorsque la Commission est autorisée à entendre une requête, plainte ou contestation, ou à prendre une ordonnance, après avoir donné avis aux parties intéressées, elle peut, pour cause d'urgence ou pour toute autre raison qui lui paraît suffisante, nonobstant le défaut ou l'insuffisance de cet avis, prendre une ordonnance ou une décision dans l'affaire comme si l'avis eût été régulièrement donné à toutes les parties; cette ordonnance ou décision est à tous égards aussi valable et exécutoire que si l'avis eût été régulier.

(2) Toute compagnie ou personne qui a droit à un avis et à laquelle un avis suffisant n'a pas été donné peut, à toute époque dans les dix jours qui suivent le moment où elle a eu connaissance de cette ordonnance ou déci-

Commission may allow, apply to the Commission to vary, amend or rescind the order or decision, and the Commission shall thereupon, on such notice to other parties interested as it may in its discretion think desirable, hear the application, and either amend, alter or rescind the order or decision, or dismiss the application, as may seem to it just and right.

35 For all of the above reasons, I reject this ground of appeal.

Failure to Follow CRTC Policy

36 The TWU's second ground of appeal is that the CRTC erred in law and exceeded its jurisdiction by failing to follow an alleged policy of deferring to the decisions of arbitration boards constituted by the parties in respect of this matter.

37 In my view, this ground of appeal is entirely without merit. First, the CRTC has never adopted a policy of deferring to such arbitration board decisions. The TWU refers to passages such as the following as supporting the existence of such a policy:

B.C. Tel argued that Article XXI of its collective agreement with the Telecommunications Workers Union precluded it from contracting this work out, but the clause in question does not appear to prohibit the Company from permitting third parties from installing their own facilities at their own expense. [Telecom Decision CRTC 78-6, July 28, 1978, at p. 27.]

In the absence of an arbitration board ruling that the collective agreement would not permit the work contemplated in those Decisions [Telecom Decisions CRTC 78-6 and 79-22], there seems to be no reason to alter the status quo. The Commission therefore orders B.C. Tel to permit cable licensees to do the spinning work required to install their coaxial cable on B.C. Tel support structures in accordance with the terms of the Agreement. [CRTC Letter Decision, July 28, 1987, at p. 5.]

These passages, however, do not actually establish a policy of deference to arbitration boards. I agree with the respondent Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd. that such comments were merely *obiter* com-

sion, ou dans tel délai plus long que la Commission peut lui accorder, demander à la Commission de modifier ou abroger cette ordonnance ou décision; la Commission doit alors, après tel avis aux autres parties intéressées qu'elle juge à propos de donner, entendre cette demande et modifier ou abroger cette ordonnance ou décision, ou renvoyer cette demande, suivant qu'il lui paraît juste et équitable.

Pour tous ces motifs, ce moyen d'appel doit être rejeté.

Omission de respecter la politique du CRTC

TWU soutient, dans un deuxième temps, que le CRTC a commis une erreur de droit et excédé sa compétence en faisant défaut de respecter une présumée politique de déférence à l'égard des décisions des conseils d'arbitrage constitués par les parties relativement à l'affaire.

À mon avis, ce moyen d'appel est sans aucun fondement. Premièrement, le CRTC n'a jamais adopté de politique de déférence à l'égard des décisions de ces conseils d'arbitrage. TWU invoque des passages comme ceux qui suivent à l'appui de l'existence d'une telle politique:

B.C. Tel a prétendu que l'article XXI de sa convention collective avec la Union Telecommunications Workers (*sic*) l'empêchait de faire effectuer des travaux par contrat à l'extérieur, mais la clause en question ne semble pas l'empêcher de permettre à une tierce partie d'installer son propre matériel à ses frais. [Décision Télécom CRTC 78-6, 28 juillet 1978, à la p. 27.]

[TRADUCTION] Comme le conseil d'arbitrage n'a pas dit que la convention collective ne permettrait pas le travail envisagé dans ces décisions [Décisions Télécom CRTC 78-6 et 79-22], il ne semble y avoir aucun motif de changer le statu quo. Le Conseil ordonne en conséquence à BC Tel de permettre aux entreprises de télédistribution de faire le travail de bobinage nécessaire à l'installation de leur câble coaxial sur les structures de soutènement de B.C. Tel conformément aux termes de l'Accord. [Lettre-décision du CRTC, 28 juillet 1987, à la p. 5.]

Ces passages n'établissent toutefois pas véritablement l'existence d'une politique de déférence à l'égard des conseils d'arbitrage. J'estime, comme l'intimée Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd., que ces

ments designed to respond to the submissions of BC Tel and the TWU. Second, it would be improper for the CRTC to adopt a general policy of deference to an arbitration board as this would be an improper delegation or fettering of the CRTC's discretionary powers.

Disposition

For the reasons outlined above, I would dismiss this appeal with costs throughout.

Appeal dismissed with costs, LAMER C.J. and SOPINKA and CORY JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Shortt, Moore & Arsenault, Vancouver.

Solicitor for the respondent the CRTC: The CRTC Legal Directorate, Hull.

Solicitors for the respondent Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the respondent British Columbia Telephone Co.: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

commentaires étaient simplement incidents et destinés à répondre aux prétentions de BC Tel et de TWU. Deuxièmement, il ne serait pas approprié que le CRTC adopte une politique générale de déférence à l'égard d'un conseil d'arbitrage puisqu'il s'agirait alors d'une délégation irrégulière des pouvoirs discrétionnaires du CRTC ou d'une entrave à ceux-ci.

Dispositif

Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi, avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge en chef LAMER et les juges SOPINKA et CORY sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Shortt, Moore & Arsenault, Vancouver.

Procureur de l'intimé le CRTC: Le contentieux du CRTC, Hull.

Procureurs de l'intimée Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intimée British Columbia Telephone Co.: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Crown Forest Industries Limited *Respondent*

and

The Government of the United States of America *Intervener*

INDEXED AS: CROWN FOREST INDUSTRIES LTD. v. CANADA

File No.: 23940.

1995: March 2; 1995: June 22.

Present: L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — International taxation — Withholding tax — Residency — Canada-U.S. tax treaty — Bahamian company operating in U.S. renting equipment to associated company in Canada — Whether or not company resident in U.S. so as to benefit from lower withholding tax — Canada-United States Tax Convention Act, 1984, S.C. 1984, c. 20, Schedule I (Convention between Canada and the United States of America with respect to Taxes on Income and on Capital (Canada-United States Income Tax Convention (1980)), Preamble, Articles I, IV, XII).

In the 1987-89 taxation years, Crown Forest rented barges from Norsk, a company incorporated in the Bahamas whose sole office and place of business was located in the United States. Norsk filed income tax returns in the U.S. only, where it was considered a foreign corporation exempt from U.S. income tax, and accordingly paid no U.S. tax on the barge rental payments. Crown Forest withheld 10 percent tax on the rental payments as permitted by Article XII of the *Canada-United States Income Tax Convention (1980)*, rather than the 25 percent deducted from non-residents, on the footing that Norsk was a "resident of a Contracting State" for the purposes of the Convention. Article IV provides that a "resident of a Contracting State" is any person or entity who, under the laws of that state, is liable to tax therein by reason of domicile, residence, place of management, place of incorporation or any

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Crown Forest Industries Limited *Intimée*

et

Le gouvernement des États-Unis d'Amérique *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: CROWN FOREST INDUSTRIES LTD. c. CANADA

N° du greffe: 23940.

1995: 2 mars; 1995: 22 juin.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Imposition internationale — Retenue d'impôt — Résidence — Traité Canada-États-Unis en matière d'impôts — Compagnie bahaméenne louant à partir des États-Unis de l'équipement à une compagnie associée exploitée au Canada — La compagnie est-elle résidente des États-Unis de manière à bénéficier d'une retenue d'impôt moindre? — Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts, S.C. 1984, ch. 20, annexe I (Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune (Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts (1980)), préambule, articles I, IV, XII).

Au cours des années d'imposition 1987 à 1989, Crown Forest louait des barges de Norsk, une compagnie constituée en personne morale aux Bahamas, dont l'unique bureau et établissement se trouvait aux États-Unis. Norsk a produit des déclarations d'impôt sur le revenu seulement aux États-Unis où elle était considérée comme une société étrangère exonérée d'impôt sur le revenu, et elle n'a donc payé aucun impôt américain sur le loyer des barges. Crown Forest a retenu un impôt de 10 pour 100 sur les loyers, conformément à l'article XII de la *Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts (1980)*, plutôt que le taux de 25 pour 100 déduit dans le cas de non-résidents, en tenant pour acquis que Norsk était un «résident d'un État contractant» aux fins de la Convention. Aux termes de l'article IV, l'expression «résident d'un État contractant» désigne toute personne ou entité qui, en vertu de la législation de cet État,

other criterion of a similar nature. The Minister disallowed the respondent's claim for 10 percent withholding tax and substituted 25 percent withholding tax.

The Federal Court Trial Division found Norsk to be a resident of a contracting party (the United States) and quashed the Minister's reassessment of Norsk at 25 percent. The Federal Court of Appeal upheld this decision. At issue is whether Norsk is a "resident of a Contracting State" (the U.S.) within the meaning of Article IV of the *Canada-United States Income Tax Convention (1980)*, so that the withholding tax on its barge rentals would be 10 percent.

Held: The appeal should be allowed.

The basis of Norsk's liability for taxation in the United States emanates from the fact that it conducts a trade or business which is effectively connected with the United States and has income arising from that business which is also effectively connected with the United States. Although the fact that its "place of management" is located in the United States is one factor contributing to the finding that its trade or business is connected with the United States, it does not constitute the basis for Norsk's tax liability in the first place. A factual proposition which merely informs domestic tax liability cannot constitute a residency criterion under the *Canada-United States Income Tax Convention (1980)*. The only way for Norsk to benefit from residency status under the Convention is if source taxation on a business effectively connected with the contracting party constitutes a criterion similar to the other enumerated criteria in Article IV (residence, place of management, place of incorporation, domicile). It is not similar, since all of the other criteria constitute grounds for taxation on worldwide income, not just source income. The parties to the Convention intended only that persons who were resident in one of the contracting states and liable to tax in one of the contracting states on their "world-wide income" be considered "residents" for purposes of the Convention. Norsk is therefore not a "resident" of the United States for the purposes of Article IV of the Convention.

Cases Cited

Referred to: *J. N. Gladden Estate v. The Queen*, [1985] 1 C.T.C. 163; *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; *Bacardi Corp. of America v. Domenech*, 311 U.S. 150 (1940); *United States v.*

y est assujettie à l'impôt en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction, de son lieu de constitution ou de tout autre critère de nature analogue. Le Ministre a refusé à l'intimée la retenue d'impôt de 10 pour 100 et y a substitué un taux de 25 pour 100.

La Cour fédérale, Section de première instance, a conclu que Norsk était un résident d'une partie contractante (les États-Unis) et a annulé la nouvelle cotisation au taux de 25 pour 100 que le Ministre avait établie pour Norsk. La Cour d'appel fédérale a maintenu cette décision. Il s'agit de savoir si Norsk est un «résident d'un État contractant» (les États-Unis) au sens de l'article IV de la *Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts (1980)*, de sorte que l'impôt retenu sur la location de barges serait de 10 pour 100.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'assujettissement fiscal de Norsk aux États-Unis découle du fait qu'elle exploite une entreprise ou un commerce qui est effectivement relié aux États-Unis et en tire un revenu qui est également effectivement relié aux États-Unis. Bien que le fait que son «siège de direction» soit situé aux États-Unis permette de conclure que son entreprise ou son commerce est relié aux États-Unis, il ne constitue pas, au départ, le motif de l'assujettissement fiscal de Norsk. Une proposition factuelle qui ne fait que sous-tendre l'assujettissement à l'impôt national ne saurait constituer un critère de résidence sous le régime de la *Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts (1980)*. Norsk ne pourra bénéficier de la qualité de résident au sens de la Convention que si l'imposition, fondée sur la source, d'une entreprise effectivement reliée à la partie contractante constitue un critère analogue aux autres critères énumérés à l'article IV (résidence, siège de direction, lieu de constitution, domicile). Il n'est pas analogue puisque tous les autres critères constituent des motifs d'imposition de revenu mondial, et non seulement d'imposition fondée sur la source. Les parties à la Convention voulaient seulement que les résidents de l'un des États contractants, qui, dans l'un des États contractants, sont assujettis à l'impôt sur leurs «revenus mondiaux», soient considérés comme des «résidents» aux fins de la Convention. Norsk n'est donc pas un «résident» des États-Unis aux fins de l'article IV de la Convention.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Succession J. N. Gladden c. La Reine*, [1985] 1 C.T.C. 163; *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *Bacardi Corp. of America c. Domenech*, 311 U.S. 150 (1940); *United*

Stuart, 489 U.S. 353 (1989); *Utah Mines Ltd. v. The Queen*, 92 D.T.C. 6194; *Hunter Douglas Ltd. v. The Queen*, 79 D.T.C. 5340; *Thiel v. Federal Commissioner of Taxation*, 90 A.T.C. 4717; *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551; *Sumitomo Shoji America, Inc. v. Avagliano*, 457 U.S. 176 (1982).

Statutes and Regulations Cited

Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the People's Republic of China for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Tax Evasion with respect to Taxes on Income (done at Beijing, April 30, 1984). Reproduced in *International Legal Materials*, vol. 23, No. 4, July 1984.

Canada-United States Tax Convention Act, 1984, S.C. 1984, c. 20, Schedule I (*Convention between Canada and the United States of America with respect to Taxes on Income and on Capital (Canada-United States Income Tax Convention (1980))*), Preamble, Articles I, IV, paragraph 1, XII, paragraphs 1, 2).

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 212(1)(d) [rep. & sub. S.C. 1986, c. 2, s. 26].

Internal Revenue Code, 1986, §§ 864(c)(1), (4)(B)(i), (ii), (iii), 882(a)(1), (2), 883(a)(1).

Technical Explanation of the Convention between the United States of America and Canada with respect to Taxes on Income and on Capital Signed at Washington, D.C. on September 26, 1980, as Amended by the Protocol Signed at Ottawa on June 14, 1983 and the Protocol Signed at Washington on March 28, 1984. Reproduced in *Canadian Income Tax Act with Regulations*, 57th ed. Don Mills: CCH Canadian Ltd., 1987.

Vienna Convention on the Law of Treaties, Can. T.S. 1980 No. 37, Articles 31, 32.

Authors Cited

American Law Institute. *Federal Income Tax Project — International Aspects of United States Income Taxation II — Proposals on United States Income Tax Treaties*. Philadelphia: The Institute, 1992.

Arnold, Brian J., and Timothy W. Edgar, eds. *Materials on Canadian Income Tax*, 9th ed. Don Mills: Richard De Boo, 1990.

Boidman, Nathan, L. Frank Chopin and Alan W. Granwell. "Tax Effects for Canadians of the New U.S. Code and Treaty Residency Rules (Part Two)" (1985), *Tax Mgmt. Int'l J.* 183.

States c. Stuart, 489 U.S. 353 (1989); *Utah Mines Ltd. c. La Reine*, 92 D.T.C. 6194; *Hunter Douglas Ltd. c. La Reine*, 79 D.T.C. 5340; *Thiel c. Federal Commissioner of Taxation*, 90 A.T.C. 4717; *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551; *Sumitomo Shoji America, Inc. c. Avagliano*, 457 U.S. 176 (1982).

Lois et règlements cités

Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the People's Republic of China for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Tax Evasion with respect to Taxes on Income (done at Beijing, April 30, 1984). Reproduced in *International Legal Materials*, vol. 23, No. 4, July 1984.

Convention de Vienne sur le droit des traités, R.T. Can. 1980 n° 37, articles 31, 32.

Internal Revenue Code, 1986, §§ 864(c)(1), (4)(B)(i), (ii), (iii), 882(a)(1), (2), 883(a)(1).

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 212(1)d [abr. & rempl. L.C. 1986, ch. 2, art. 26].

Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts, S.C. 1984, ch. 20, annexe I (*Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune (Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts (1980))*), préambule, articles I, IV, paragraphe 1, XII, paragraphes 1, 2).

Technical Explanation of the Convention between the United States of America and Canada with respect to Taxes on Income and on Capital Signed at Washington, D.C. on September 26, 1980, as Amended by the Protocol Signed at Ottawa on June 14, 1983 and the Protocol Signed at Washington on March 28, 1984. Reproduced in *Canadian Income Tax Act with Regulations*, 57th ed. Don Mills: CCH Canadian Ltd., 1987.

Doctrine citée

American Law Institute. *Federal Income Tax Project — International Aspects of United States Income Taxation II — Proposals on United States Income Tax Treaties*. Philadelphia: The Institute, 1992.

Arnold, Brian J., and Timothy W. Edgar, eds. *Materials on Canadian Income Tax*, 9th ed. Don Mills: Richard De Boo, 1990.

Boidman, Nathan, L. Frank Chopin and Alan W. Granwell. «Tax Effects for Canadians of the New U.S. Code and Treaty Residency Rules (Part Two)» (1985), *Tax Mgmt. Int'l J.* 183.

- Dwyer, Blair P., and James Cantillon Ross. "Canada — Recent Cases Concerning Withholding Tax" (1992), 19 *Tax Plan. Int'l Rev.* 29.
- Edwardes-Ker, Michael. Case Comment. *International Tax Treaties Service*. Dublin: In-Depth Publishing Ltd., 1993.
- Isenbergh, Joseph. *International Taxation: U.S. Taxation of Foreign Taxpayers and Foreign Income*, vol. I. Boston: Little, Brown & Co., 1990.
- Organisation for Economic Co-operation and Development. OECD Committee on Fiscal Affairs. *Model Double Taxation Convention on Income and on Capital*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 1977.
- Peters, Victor. "Resident (Article 4)", in International Fiscal Association, Canadian Branch, *Special Seminar on Analysis of Canada's Tax Conventions and Comparison to the O.E.C.D. Model Double Taxation Convention*. Toronto: Richard De Boo, 1979.
- Tremblay, Richard G. "Crown Forest — Tax Treaty Interpretation Bonanza" (1994), 4 *Can. Curr. Tax C41*.
- United States of America. Senate. Committee on Foreign Relations. Report of the Committee on Foreign Relations United States Senate on Executive T, 96th Congress, 2d Session, Tax Convention with Canada. *Tax Convention and Proposed Protocols with Canada*. Washington: U.S. Government Printing Office, 1984.
- Vogel, Klaus. *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*. Deventer, The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991.
- Ward, David A. "Principles To Be Applied in Interpreting Tax Treaties" (1977), 25 *Can. Tax J.* 263.
- Dwyer, Blair P., and James Cantillon Ross. «Canada — Recent Cases Concerning Withholding Tax» (1992), 19 *Tax Plan. Int'l Rev.* 29.
- Edwardes-Ker, Michael. Case Comment. *International Tax Treaties Service*. Dublin: In-Depth Publishing Ltd., 1993.
- Isenbergh, Joseph. *International Taxation: U.S. Taxation of Foreign Taxpayers and Foreign Income*, vol. I. Boston: Little, Brown & Co., 1990.
- Organisation de coopération et de développement économiques. Comité des affaires fiscales de l'OCDE. *Modèle de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune*. Paris: Organisation de coopération et de développement économiques, 1977.
- Peters, Victor. «Resident (Article 4)», in International Fiscal Association, Canadian Branch, *Special Seminar on Analysis of Canada's Tax Conventions and Comparison to the O.E.C.D. Model Double Taxation Convention*. Toronto: Richard De Boo, 1979.
- Tremblay, Richard G. «Crown Forest — Tax Treaty Interpretation Bonanza» (1994), 4 *Can. Curr. Tax C41*.
- United States of America. Senate. Committee on Foreign Relations. Report of the Committee on Foreign Relations United States Senate on Executive T, 96th Congress, 2d Session, Tax Convention with Canada. *Tax Convention and Proposed Protocols with Canada*. Washington: U.S. Government Printing Office, 1984.
- Vogel, Klaus. *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*. Deventer, The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991.
- Ward, David A. «Principles To Be Applied in Interpreting Tax Treaties» (1977), 25 *Can. Tax J.* 263.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1993), 94 D.T.C. 6107, [1994] 1 C.T.C. 174, 164 N.R. 222, dismissing an appeal from a judgment of Muldoon J. (1992), 92 D.T.C. 6305, [1992] 2 C.T.C. 1, 53 F.T.R. 291, allowing an appeal from the Minister of National Revenue's tax assessment. Appeal allowed.

Ian S. MacGregor, Q.C., and *Al Meghji*, for the appellant.

Warren J. A. Mitchell, Q.C., and *Karen R. Sharlow*, for the respondent.

Brian A. Crane, Q.C., for the intervener.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1993), 94 D.T.C. 6107, [1994] 1 C.T.C. 174, 164 N.R. 222, qui a rejeté l'appel d'une décision du juge Muldoon (1992), 92 D.T.C. 6305, [1992] 2 C.T.C. 1, 53 F.T.R. 291, qui avait accueilli un appel de la cotisation d'impôt établie par le ministre du Revenu national. Pourvoi accueilli.

Ian S. MacGregor, c.r., et *Al Meghji*, pour l'appelante.

Warren J. A. Mitchell, c.r., et *Karen R. Sharlow*, pour l'intimée.

Brian A. Crane, c.r., pour l'intervenant.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

1 IACOBUCCI J. — This appeal raises issues regarding the interpretation of international tax treaties.

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi concerne l'interprétation de traités internationaux en matière fiscale.

2 The more specific question is whether Norsk Pacific Steamship Company Limited ("Norsk") is a "resident of a Contracting State" — in this case the United States — within the meaning of Article IV of the *Convention between Canada and the United States of America with respect to Taxes on Income and on Capital* (hereinafter the *Canada-United States Income Tax Convention (1980)*) (enacted in law in Canada by the *Canada-United States Tax Convention Act, 1984*, S.C. 1984, c. 20). If it is, the amount of non-resident tax imposed by Canada on Norsk and required to be withheld by Crown Forest Industries Limited ("Crown Forest") from the rent paid by it to Norsk for the lease of several maritime barges would be reduced by virtue of Article XII, paragraph 2 of the Convention from 25 percent to 10 percent. Article IV provides that a "resident of a Contracting State" is "any person [or entity] who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of . . . domicile, residence, place of management, place of incorporation or any other criterion of a similar nature".

Il s'agit plus précisément de savoir si Norsk Pacific Steamship Company Limited («Norsk») est un «résident d'un État contractant» — en l'occurrence les États-Unis — au sens de l'article IV de la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune* (ci-après *Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts (1980)*) (adoptée au Canada par la *Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts*, S.C. 1984, ch. 20). Dans l'affirmative, l'impôt des non-résidents fixé par le Canada à l'égard de Norsk et devant être retenu par Crown Forest Industries Limited («Crown Forest») sur le loyer que cette dernière verse à Norsk pour la location de plusieurs barges maritimes serait réduit de 25 pour 100 à 10 pour 100, en vertu de l'article XII, paragraphe 2 de la Convention. Aux termes de l'article IV, l'expression «résident d'un État contractant» désigne «toute personne [ou entité] qui, en vertu de la législation de cet État, est assujettie à l'impôt dans cet État en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction, de son lieu de constitution ou de tout autre critère de nature analogue».

3 For the reasons that follow, I would allow the appeal with the result that Crown Forest is to pay 25 percent withholding tax to Canada.

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de sorte que Crown Forest est tenue de verser au Canada une retenue d'impôt de 25 pour 100.

I. Background

I. Les faits

4 In the 1987, 1988 and 1989 taxation years, Crown Forest paid rent to Norsk for the use of certain barges. These barges were used to transport wood chips to pulp mills, and goods from those mills to markets in Canada and the U.S. Norsk was incorporated in the Bahamas in 1962 but its only office and place of business has been in the United States, in the San Francisco area. At this office it, at all relevant times, employed approximately 19

Au cours des années d'imposition 1987, 1988 et 1989, Crown Forest a versé un loyer à Norsk pour la location de certaines barges qui servaient à transporter des copeaux de bois vers des usines de pâte à papier, et des marchandises depuis ces usines vers des marchés canadiens et américains. Norsk a été constituée en personne morale aux Bahamas en 1962, mais son unique bureau et établissement se trouve aux États-Unis, dans la région

people with a monthly payroll of about US \$75,000. Both Norsk and Crown Forest are owned by the same New Zealand corporation, Fletcher Challenge Limited.

For each of the years under review, the only income tax returns filed by Norsk with the United States Internal Revenue Service were entitled "Income Tax Return of a Foreign Corporation" (Form 1120F); however, Norsk has never filed income tax returns in Canada, the Bahamas, or any country other than the United States. To this end, Norsk is a foreign corporation for U.S. income tax purposes. Its primary source of income arises from the transportation of newsprint internationally.

In the relevant taxation years, Norsk paid no U.S. tax on the barge rental payments, claiming an exemption to which it was entitled as an international shipping company under § 883 of the U.S. *Internal Revenue Code*, 1986. This exemption accrued to Norsk owing to the fact that it had been incorporated in the Bahamas; given that the Bahamas has, in its income tax legislation, accorded a similar tax exemption to companies incorporated in the United States, these dual exemptions are reciprocal.

Crown Forest withheld 10 percent tax on the rental payments, on the footing that Norsk was a "resident of a Contracting State" for the purposes of the *Canada-United States Income Tax Convention* (1980). For residents, the usual 25 percent rate of withholding tax paid by non-residents (pursuant to s. 212(1) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended) is reduced to 10 percent by virtue of Article XII of the Convention. Although the Minister of National Revenue ("Minister") reassessed Crown Forest at 25 percent, this finding was quashed by Muldoon J. of the Federal Court Trial Division who found Norsk to be a resident of a contracting party (the United States). Muldoon J.'s decision was upheld by the Federal Court of Appeal, Décarý J. dissenting. The Minister appeals

de San Francisco. À toutes les époques pertinentes, Norsk y employait environ 19 personnes, ce qui représentait une masse salariale mensuelle d'environ 75 000 \$ (américains). Norsk et Crown Forest appartiennent toutes les deux à Fletcher Challenge Limited, une société néo-zélandaise.

Pour chacune des années en cause, les seules déclarations d'impôt sur le revenu que Norsk a produites auprès de l'Internal Revenue Service des États-Unis étaient intitulées «Income Tax Return of a Foreign Corporation» (formule 1120F); or, Norsk n'a jamais produit de déclaration d'impôt sur le revenu au Canada, aux Bahamas ou dans tout autre pays que les États-Unis. À cet égard, Norsk est une société étrangère aux fins de l'impôt sur le revenu des États-Unis. Elle tire sa principale source de revenu du transport de papier journal à l'échelon international.

Invoquant une exonération à titre de compagnie de transport international au sens de l'art. 883 de l'*Internal Revenue Code* de 1986 des États-Unis, Norsk n'a payé aucun impôt américain sur le loyer des barges au cours des années d'imposition pertinentes. Elle a pu jouir de cette exonération du fait de sa constitution en personne morale aux Bahamas; comme ce dernier pays a, dans sa loi de l'impôt sur le revenu, prévu une exonération fiscale semblable pour les compagnies constituées en personne morale aux États-Unis, ces exonérations doubles sont réciproques.

Crown Forest a retenu un impôt de 10 pour 100 sur les loyers, en tenant pour acquis que Norsk était un «résident d'un État contractant» aux fins de la *Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts* (1980). Le taux habituel de retenue d'impôt de 25 pour 100 que doivent verser les non-résidents (conformément au par. 212(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, et ses modifications) est réduit à 10 pour 100 pour les résidents, en vertu de l'article XII de la Convention. Quoique le ministre du Revenu national (le «Ministre») ait établi pour Crown Forest une nouvelle cotisation au taux de 25 pour 100, cette décision a été annulée par le juge Muldoon de la Cour fédérale, Section de première instance, qui a conclu que Norsk était un résident d'une partie con-

5

6

7

to this Court and is supported by the intervener, the Government of the United States of America, neither of which wishes Norsk to be considered a "resident" under the Convention.

II. Relevant Statutory and International Convention Provisions

Canada-United States Income Tax Convention (1980)

Article IV

...

1. For the purposes of this Convention, the term "resident of a Contracting State" means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management, place of incorporation or any other criterion of a similar nature, but in the case of an estate or trust, only to the extent that income is derived by such estate or trust is liable to tax in that State, either in its hands or in the hands of its beneficiaries.

...

Article XII

...

1. Royalties arising in a Contracting State and paid to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.

2. However, such royalties may also be taxed in the Contracting State in which they arise, and according to the laws of that State; but if a resident of the other Contracting State is the beneficial owner of such royalties, the tax so charged shall not exceed 10 per cent of the gross amount of the royalties.

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended

212. (1) Every non-resident person shall pay an income tax of 25% on every amount that a person resident in Canada pays or credits, or is deemed by Part I to

tractante (les États-Unis). La décision du juge Muldoon a été maintenue par la Cour d'appel fédérale, le juge Décary étant dissident. Le Ministre se pourvoit devant notre Cour avec l'appui de l'intervenant le gouvernement des États-Unis d'Amérique, ni l'un ni l'autre ne souhaitant que Norsk soit considérée comme un «résident» au sens de la Convention.

II. Dispositions législatives et dispositions de la Convention internationale pertinentes

Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts (1980)

Article IV

...

1. Au sens de la présente Convention, l'expression «résident d'un État contractant» désigne toute personne qui, en vertu de la législation de cet État, est assujettie à l'impôt dans cet État, en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction, de son lieu de constitution ou de tout autre critère de nature analogue mais, dans le cas d'une succession ou d'une fiducie, seulement dans la mesure où les revenus que tire cette succession ou cette fiducie sont assujettis à l'impôt dans cet État, soit dans ses mains soit dans les mains de ses bénéficiaires.

...

Article XII

...

1. Les redevances provenant d'un État contractant et payées à un résident de l'autre État contractant sont imposables dans cet autre état.

2. Toutefois, ces redevances sont aussi imposables dans l'État contractant d'où elles proviennent et selon la législation de cet État; mais si un résident de l'autre État contractant est le bénéficiaire effectif de ces redevances, l'impôt ainsi établi ne peut excéder 10 p. 100 du montant brut des redevances.

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, et ses modifications

212. (1) Toute personne non résidante doit payer un impôt sur le revenu de 25% sur toute somme qu'une personne résidant au Canada lui paie ou porte à son cré-

pay or credit, to him as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of,

...

(d) rent, royalty or similar payment

United States Internal Revenue Code, 1986

864. . . .

(c) . . .

(1) For the purposes of this title —

(4) . . .

(B) Income, gain, or loss from sources without the United States shall be treated as effectively connected with the conduct of a trade or business within the United States by a nonresident alien individual or a foreign corporation if such person has an office or other fixed place of business within the United States to which such income, gain, or loss is attributable and such income, gain, or loss —

(i) consists of rents or royalties for the use of or for the privilege of using intangible property described in section 862(a)(4) derived in the active conduct of such trade or business,

(ii) consists of dividends or interest, and either is derived in the active conduct of a banking, financing, or similar business within the United States or is received by a corporation the principal business of which is trading in stocks or securities for its own account; or

(iii) is derived from the sale or exchange (outside the United States) through such office or other fixed place of business of personal property described in section 1221(1), except that this clause shall not apply if the property is sold or exchanged for use, consumption, or disposition outside the United States and an office or other fixed place of business of the taxpayer in a foreign country participated materially in such sale.

882. . . .

(a) . . .

(1) A foreign corporation engaged in trade or business within the United States during the taxable year

dit, ou est réputée en vertu de la Partie I lui payer ou porter à son crédit, au titre ou en paiement intégral ou partiel

...

d) du loyer, de la redevance ou d'un paiement semblable . . .

Internal Revenue Code de 1986 des États-Unis

[TRADUCTION] **864. . . .**

(c) . . .

(1) Aux fins du présent titre —

(4) . . .

(B) le revenu, le gain ou la perte de source étrangère aux États-Unis doit être considéré comme effectivement relié à l'exploitation d'un commerce ou d'une entreprise aux États-Unis par un particulier étranger non résident ou par une société étrangère, si cette personne a, aux États-Unis, un bureau ou autre établissement fixe auquel est imputable ce revenu, ce gain ou cette perte et si ce revenu, ce gain ou cette perte —

(i) consiste en des loyers ou redevances touchés en contrepartie de l'utilisation ou du privilège d'utiliser des biens incorporels décrits à l'alinéa 862(a)(4) dans le cadre de l'exploitation active de ce commerce ou de cette entreprise,

(ii) consiste en des dividendes ou intérêts qui proviennent de l'exploitation active d'une entreprise bancaire, financière ou analogue aux États-Unis, ou que touche une société dont la principale activité est le commerce d'actions ou de valeurs mobilières pour son propre compte, ou

(iii) provient de la vente ou de l'échange (à l'extérieur des États-Unis), par l'intermédiaire de ce bureau ou autre établissement fixe, de biens meubles décrits à l'alinéa 1221(1), sauf que la présente disposition ne s'applique pas aux biens vendus ou échangés en vue de leur utilisation, consommation ou aliénation à l'extérieur des États-Unis, si un bureau ou autre établissement fixe du contribuable, situé dans un pays étranger, a participé de façon significative à la vente.

882. . . .

(a) . . .

(1) Une société étrangère qui exploite un commerce ou une entreprise aux États-Unis au cours de

shall be taxable . . . on its taxable income which is effectively connected with the conduct of a trade or business within the United States.

(2) In determining taxable income for purposes of paragraph (1), gross income includes only gross income which is effectively connected with the conduct of a trade or business within the United States.

883. . . .

(a) The following items shall not be included in gross income of a foreign corporation, and shall be exempt from taxation under this subtitle:

(1) Gross income derived by a corporation organized in a foreign country from the international operation of a ship or ships if such foreign country grants an equivalent exemption to corporations organized in the United States.

III. Judgments Below

A. *Federal Court Trial Division*, 92 D.T.C. 6305, *per* Muldoon J.

8 Muldoon J. allowed Crown Forest's appeal from the Minister's tax assessment, holding that Norsk fit the definition of "resident of a Contracting State" in Article IV, paragraph 1 of the Convention.

9 To determine whether Norsk was a "resident" of the United States for the purposes of the Convention, Muldoon J. queried whether Norsk was liable to tax in that state by reason of the criteria listed in Article IV, or by reason of any criterion of a similar nature. He stated that the answer was a matter of United States law.

10 Muldoon J. referred at p. 6308 to expert opinion asserting that Norsk is liable to tax in the U.S. because it conducts a "trade or business which is effectively connected with the United States" and that the fact that its head office and place of management are in the U.S. constitutes a principal factor determining whether it carries on a trade or business in the U.S. He found, at p. 6310, that "[t]he reason for which Norsk's income is effectively connected with a trade or business which it actively conducts in the U.S.A., is because Norsk's place of management is located in the U.S.A.

l'année d'imposition est imposable [. . .] relativement à son revenu imposable qui est effectivement relié à l'exploitation d'un commerce ou d'une entreprise aux États-Unis.

(2) Dans le calcul du revenu imposable aux fins de l'alinéa (1), le revenu brut n'inclut que le revenu brut qui est effectivement relié à l'exploitation d'un commerce ou d'une entreprise aux États-Unis.

883. . . .

(a) Les éléments suivants ne sont pas inclus dans le calcul du revenu brut d'une société étrangère, et sont exonérés d'impôt en vertu du présent sous-titre:

(1) Le revenu brut qu'une société constituée dans un pays étranger tire de l'exploitation internationale d'un seul ou de plusieurs navires, si ce pays étranger accorde une exonération équivalente aux sociétés constituées aux États-Unis.

III. Les juridictions inférieures

A. *Cour fédérale, Section de première instance*, 92 D.T.C. 6305, le juge Muldoon

Le juge Muldoon a accueilli l'appel de Crown Forest contre la cotisation d'impôt établie par le Ministre, concluant que Norsk était un «résident d'un État contractant» au sens de la définition donnée à l'article IV, paragraphe 1 de la Convention.

Pour déterminer si Norsk est un «résident» des États-Unis aux fins de la Convention, le juge Muldoon s'est demandé si Norsk était assujettie à l'impôt dans ce pays en raison des critères énumérés à l'article IV ou de tout critère de nature analogue. Il a indiqué que la réponse relevait du droit américain.

Le juge Muldoon mentionne, à la p. 6308, une opinion d'expert suivant laquelle Norsk est assujettie à l'impôt aux États-Unis parce qu'elle exploite [TRADUCTION] «une entreprise ou un commerce qui est effectivement relié aux États-Unis» et que le fait que son siège social et son siège de direction se trouvent aux États-Unis constitue un facteur essentiel pour déterminer si elle exploite un commerce ou une entreprise au États-Unis. Il conclut, à la p. 6310, que «[I]a raison pour laquelle le revenu de Norsk est effectivement relié à une entreprise ou un commerce exploité activement

where it conducts its trade or business”. Having characterized “place of trade or business” as an “other criterion of a similar nature” for the purposes of Article IV, paragraph 1 of the Convention, Muldoon J. then stated, at p. 6311, that:

If it were logically necessary to resort to the general analogous alternative expressed in article IV.1 of the Convention one would say, as the Court now holds: Norsk is a “resident” of the U.S.A. within the meaning of article IV.1 of the Convention because it is liable to tax under U.S. law by reason of its place of management and/or by reason of its place of conducting its trade or business . . .

Muldoon J. questioned why, if the negotiators of the Convention meant to exclude foreign corporations in the U.S. (such as Norsk) from the status of “resident of a Contracting State”, they simply did not write into the Convention exactly what they supposedly meant to say.

B. *Federal Court of Appeal*, 94 D.T.C. 6107

(i) *per Heald J.A.* (majority)

The Federal Court of Appeal dismissed the Crown’s appeal. Heald J.A., writing for himself and McDonald J.A., rejected the argument that Muldoon J. had erred in his findings of fact. In fact, he affirmed that Norsk’s liability for U.S. tax arises because the trade or business which it conducts is effectively connected with the U.S. and not because its place of management is located in the U.S. Having stated at p. 6112 that “[t]he issue is *not* the general application of U.S. tax law but its application to Norsk in particular” (emphasis in original) Heald J.A. said that Muldoon J.’s factual finding “was reasonably open to him on this record” and that “[i]n any event, by no stretch of the imagination, can it be said that the Trial Judge

aux États-Unis est que le siège de direction de Norsk est situé aux États-Unis, où cette société exploite son commerce ou son entreprise». Ayant qualifié le «lieu d’exploitation du commerce ou de l’entreprise» d’«autre critère de nature analogue» aux fins de l’article IV, paragraphe 1 de la Convention, le juge Muldoon affirme ensuite, à la p. 6311:

S’il était logiquement nécessaire de recourir à la solution de rechange analogue générale qui est exprimée à l’article IV.1 de la Convention, on dirait, comme la Cour le considère maintenant: Norsk est un «résident» des États-Unis au sens où l’entend l’article IV.1 de la Convention parce qu’elle est assujettie à l’impôt en vertu de la législation des États-Unis en raison de son siège de direction ou en raison du lieu où elle exploite son commerce ou son entreprise . . .

Le juge Muldoon s’est demandé pourquoi les négociateurs de la Convention n’ont tout simplement pas inscrit dans la Convention exactement ce qu’ils étaient censés vouloir dire, s’ils souhaitaient soustraire les sociétés étrangères situées aux États-Unis (comme Norsk) au statut de «résident d’un État contractant».

B. *Cour d’appel fédérale*, 94 D.T.C. 6107

(i) *le juge Heald* (au nom de la majorité)

La Cour d’appel fédérale a rejeté l’appel du ministère public. S’exprimant en son propre nom et en celui du juge McDonald, le juge Heald a rejeté l’argument voulant que le juge Muldoon ait tiré des conclusions de fait erronées. En fait, il a affirmé que Norsk était assujettie à l’impôt aux États-Unis parce qu’elle exploite une entreprise ou un commerce effectivement relié aux États-Unis et non parce que son siège de direction s’y trouve. Après avoir affirmé, à la p. 6112, que «[l]a question *ne* touche *pas* l’application générale du droit fiscal américain, mais son application à Norsk en particulier» (en italique dans l’original), le juge Heald a dit que le juge Muldoon «avait des motifs raisonnables de tirer cette conclusion de fait à partir du dossier» et que «[q]uoi qu’il en soit, même en faisant un gros effort d’imagination, on ne peut pas dire que le juge de première instance a commis

11

12

made a palpable or overriding error in the findings of fact which he made”.

une erreur manifeste ou dominante dans ses conclusions de fait».

13 In considering whether the factual finding that Norsk’s place of management is a prime factor in its liability to tax in the U.S. is sufficient to bring Norsk within Article IV, paragraph 1, Heald J.A. rejected four submissions forwarded by the Crown.

Quant à savoir si la conclusion de fait suivant laquelle le siège de direction de Norsk est un facteur déterminant relativement à son assujettissement fiscal aux États-Unis est suffisante pour que l’article IV, paragraphe 1 s’applique à Norsk, le juge Heald a rejeté les quatre arguments avancés par le ministère public.

14 First, the Crown had argued that, since foreign corporations are not generally liable to tax in the U.S. on the basis of their place of management, Norsk cannot be found liable on this basis. In response, Heald J.A. ruled at p. 6112 that this contention “fails to take into account the particular circumstances which make Norsk liable . . . [and] begs the very question that must be determined by this Court”.

Premièrement, le ministère public avait fait valoir que, puisque les sociétés étrangères ne sont généralement pas assujetties à l’impôt aux États-Unis en raison de leur siège de direction, on ne peut conclure à l’assujettissement de Norsk pour ce motif. Le juge Heald répond, à la p. 6112, que cet argument «ne tient pas compte des circonstances particulières qui font que Norsk est assujettie à l’impôt [. . .] [et] présume résolue la question même qui nous est soumise.»

15 Second, it was argued that the inclusion of the phrase “or any other criterion of a similar nature” in Article IV, paragraph 1 indicates a common ground for liability under that article, specifically, liability to tax on a world-wide basis, and that Norsk is not liable on this basis. Heald J.A. noted, however, that only domestic corporations are liable to tax on their world-wide income. Referring to the Crown’s interpretation of Article IV, paragraph 1 he reasoned, at p. 6113, *inter alia*:

Deuxièmement, on a soutenu que l’expression «ou de tout autre critère de nature analogue», à l’article IV, paragraphe 1, révèle que l’assujettissement en vertu de cet article repose sur un motif commun, plus précisément sur l’assujettissement à l’impôt sur les revenus mondiaux, et que Norsk n’est pas assujettie pour ce motif. Le juge Heald a toutefois fait remarquer que seules les sociétés à capitaux nationaux sont assujetties à l’impôt sur leurs revenus mondiaux. Quant à l’interprétation donnée à l’article IV, paragraphe 1 par le ministère public, il affirme notamment, à la p. 6113:

Were this the intention of the Contracting States, such a result could have been achieved simply by stipulating that only domestic corporations subject to tax on 100% of their world-wide income are residents for the purposes of the Convention.

Était-ce là l’intention des États contractants? Dans l’affirmative, ce résultat aurait pu être obtenu par une simple mention que seules les sociétés à capitaux nationaux assujetties à l’impôt sur la totalité de leurs revenus mondiaux sont des résidents pour les fins de la Convention.

16 The third submission advanced by the Crown was that Muldoon J.’s finding that tax liability caused by the conduct of a business effectively connected with the U.S. is similar in nature to the tax liability caused by the place of management was tantamount to an amendment to the Convention. Heald J.A. dismissed this claim; he relied at p. 6113 upon a passage from Muldoon J.’s judgment that “indicates that Norsk’s liability to tax in

Le ministère public a fait valoir, troisièmement, que la conclusion du juge Muldoon voulant que l’assujettissement fiscal découlant de l’exploitation d’une entreprise effectivement reliée aux États-Unis soit de nature analogue à l’assujettissement fiscal découlant du siège de direction, revenait à modifier la Convention. Le juge Heald a rejeté cet argument; il invoque, à la p. 6113, un passage de la décision du juge Muldoon qui «indique que Norsk

the U.S. is by reason of its place of management, and that the Trial Judge would find Norsk to be liable by reason of a criterion of a similar nature only if it were ‘logically necessary’”.

Lastly, it was argued that the interpretation given to Article IV, paragraph 1 by the trial judge would lead to anomalous results. One example given was that, upon the taxpayer’s interpretation, a foreign corporation engaged in trade or business in the U.S. could earn \$100 of effectively connected income (taxable in the U.S.) and \$1,000,000 of foreign source income (not taxable in the U.S.) and, yet, the foreign corporation would entirely escape tax liability in respect of that foreign source income. Heald J.A.’s response was as follows: rejecting the “world-wide income” test as the only basis for tax liability does not mean that any corporation with U.S. source income is liable to tax in the U.S., and, thereby, automatically becomes a U.S. resident under the Convention.

(ii) Décary J.A. (dissenting)

Décary J.A. dissented on two grounds. First, he differed from Heald J.A. by concluding that at p. 6115 “[t]he reason for which Norsk is liable to tax in the United States is not because its place of management is located in the United States, but because the trade or business it conducts is effectively connected with the United States, that connection being established, amongst various factors, by Norsk’s place of management”.

Second, referring to the grounds enumerated in Article IV, paragraph 1, Décary J.A. concluded at p. 6115 that:

The parties obviously intended to set out very specific criteria, the common element of all of them being that each was in itself and standing alone a basis for taxation, that each was easily, readily and objectively identifiable and that each could be related to a tangible location. Any criterion “of a similar nature” must . . . satisfy these common elements.

est assujettie à l’impôt aux États-Unis en raison de son siège de direction, et que le juge de première instance conclurait que Norsk est assujettie à l’impôt en raison d’un critère de nature analogue seulement s’il était «logiquement nécessaire» de le faire».

Enfin, on a soutenu que l’interprétation de l’article IV, paragraphe 1 par le juge de première instance entraînerait des résultats anormaux. On a notamment mentionné, à titre d’exemple, que, suivant l’interprétation du contribuable, une société étrangère qui exploite un commerce ou une entreprise aux États-Unis pourrait tirer un revenu effectivement relié (imposable aux États-Unis) de 100 \$ et un revenu de source étrangère (non imposable aux États-Unis) de 1 000 000 \$, tout en étant entièrement exonérée d’impôt relativement à ce revenu de source étrangère. Le juge Heald a répondu ceci: rejeter le critère des «revenus mondiaux» comme unique motif de l’assujettissement fiscal ne signifie pas que toute société ayant un revenu de source américaine est assujettie à l’impôt aux États-Unis et, devient automatiquement, de ce fait, un résident des États-Unis au sens de la Convention.

(ii) le juge Décary (dissident)

Le juge Décary a exprimé une dissidence sur deux points. Premièrement, il s’est dissocié du juge Heald en concluant, à la p. 6115, que «[l]a raison pour laquelle Norsk est assujettie à l’impôt aux États-Unis n’est pas parce que son siège de direction est situé aux États-Unis, mais parce que son entreprise ou son commerce est effectivement relié aux États-Unis, ce lien étant notamment établi par le siège de direction de Norsk».

Deuxièmement, au sujet des motifs énumérés à l’article IV, paragraphe 1, le juge Décary conclut ceci, à la p. 6115:

De toute évidence, les parties avaient l’intention d’établir des critères très spécifiques possédant les éléments communs suivants: chacun de ces critères, pris isolément, constituerait une base d’imposition; chacun serait facilement et objectivement identifiable et chacun pourrait se rattacher à un endroit spécifique. Tout critère de «nature analogue» doit [. . .] comporter ces éléments communs.

17

18

19

20 Remarking that the basis for Norsk's U.S. tax liability possesses none of these common elements, Décarý J.A. went on at p. 6115 to hold that:

To say that the fact that the place of management is a factor in determining the very reason of Norsk's liability to tax (i.e. conducting a business . . .), renders Norsk liable to tax by reason of its place of management, is to transform a factor used in assessing a tax liability that does not fall under article IV, into one of the four criteria recognized by the article.

IV. Issue on Appeal

21 Is Norsk a resident of one of the contracting parties to the *Canada-United States Income Tax Convention (1980)* pursuant to the following definition in Article IV thereof:

1. For the purposes of this Convention, the term "resident of a Contracting State" means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management, place of incorporation or any other criterion of a similar nature . . .?

V. Analysis

22 In interpreting a treaty, the paramount goal is to find the meaning of the words in question. This process involves looking to the language used and the intentions of the parties. Both upon the plain language reading of Article IV and through an interpretation of the goals and purposes of the *Canada-United States Income Tax Convention (1980)*, I reach the same destination: to allow the appeal.

A. *The Plain Language*

23 At this stage of the analysis, the primary question to ask is why Norsk is liable to pay tax in the United States. If its liability is rooted in the fact that "it is engaged in a trade or business effectively connected with the U.S.", then it would seem that Norsk is not a "resident" of the United States under Article IV since "engaged in a trade or business" is not listed as a factor to trigger residency under that article. The only way residency could be found in such a situation would be to determine

Soulignant que le motif de l'assujettissement de Norsk à l'impôt aux États-Unis ne comporte aucun de ces éléments communs, le juge Décarý statue ensuite, à la p. 6115:

Conclure que le seul fait que le siège de direction soit un facteur utilisé aux fins de déterminer si, par l'exploitation d'une entreprise [. . .], Norsk est assujettie à l'impôt, rend Norsk assujettie à l'impôt en raison de son siège de direction, revient à faire d'un facteur utilisé pour établir une obligation fiscale qui n'est pas visée par l'article IV, un des quatre critères reconnus par cet article.

IV. Question en litige

Norsk est-elle un résident de l'une des parties contractantes à la *Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts (1980)*, au sens de la définition suivante donnée à son article IV:

1. Au sens de la présente Convention, l'expression «résident d'un État contractant» désigne toute personne qui, en vertu de la législation de cet État, est assujettie à l'impôt dans cet État, en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction, de son lieu de constitution ou de tout autre critère de nature analogue . . .?

V. Analyse

L'interprétation d'un traité vise d'abord et avant tout à trouver le sens des termes en question. Il convient donc de considérer le langage utilisé ainsi que l'intention des parties. La lecture du langage clair de l'article IV et l'interprétation des objectifs de la *Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts (1980)* m'amènent à une seule conclusion: accueillir le pourvoi.

A. *Le langage clair*

À ce stade de l'analyse, il faut d'abord se demander pourquoi Norsk est assujettie à l'impôt aux États-Unis. Si son assujettissement est fondé sur le fait qu'elle [TRANSDUCTION] «exploite une entreprise ou un commerce qui est effectivement relié aux États-Unis», il semblerait alors que Norsk n'est pas un «résident» des États-Unis au sens de l'article IV puisque l'expression «exploite une entreprise ou un commerce» n'est pas énumérée comme un facteur qui permet de conclure à la qua-

“engaged in a trade or business” to be a “similar criterion” under Article IV. On the other hand, if Norsk’s tax liability in the U.S. emanates from the fact that its “place of management” is in the U.S., then it would appear, *prima facie*, that Norsk could satisfy the residency requirements under Article IV, since “place of management” is a sufficient condition of residence.

Article IV states that the term “resident” means “any person who, under the laws of [the contracting party in question], is liable to tax therein by reason of . . . domicile, residence, place of management, place of incorporation or any other criterion of a similar nature”. The courts below found Norsk’s place of residence to be in the United States. At first blush, this seemingly disposes of the matter since such a finding appears to be sufficient to warrant a determination that Norsk is in fact a resident under the Convention.

Nevertheless, there is one important caveat. Under Article IV it must be shown that the liability to taxation operates by reason of one of the listed grounds. This connotes the existence of some sort of causal connection or, in the least, some relationship of proximity. In my opinion, the fact that Norsk’s place of management is in the U.S. is not causally or even proximately connected to the basis of Norsk’s tax liability in the U.S. Quite the contrary: in my mind, the reason why Norsk was liable to taxation in the U.S. was because of the income flowing from the business or trade it conducted that was connected to the United States.

I am supported in this conclusion by Muldoon J.’s summary at p. 6308 of the findings of Ginsburg, the expert witnesses called by Crown Forest to testify:

Norsk is liable to tax in the U.S.A. because it conducts a “trade or business which is effectively connected with the United States” . . . This latter expression is not

lité de résident au sens de cet article. Dans ce cas, le seul moyen de conclure à la qualité de résident serait de décider que l’expression «exploite une entreprise ou un commerce» est un «critère de nature analogue» au sens de l’article IV. Par ailleurs, si l’assujettissement de Norsk à l’impôt aux États-Unis découle du fait que son «siège de direction» s’y trouve, il semblerait alors, à première vue, que Norsk pourrait satisfaire aux exigences en matière de résidence prévues à l’article IV, puisque le «siège de direction» est une condition suffisante de résidence.

Aux termes de l’article IV, le terme «résident» désigne «toute personne qui, en vertu de la législation de [la partie contractante en question], est assujettie à l’impôt [. . .] en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction, de son lieu de constitution ou de tout autre critère de nature analogue». Les tribunaux d’instance inférieure ont conclu que le lieu de résidence de Norsk était aux États-Unis. À première vue, cette conclusion semble résoudre la question puisqu’elle paraît suffire pour justifier la conclusion que Norsk est, en fait, un résident au sens de la Convention.

Il y a néanmoins une importante réserve. Sous le régime de l’article IV, il faut démontrer qu’il y a assujettissement fiscal en raison de l’un des critères énumérés. Cela implique l’existence de quelque lien de causalité ou, à tout le moins, de quelque lien étroit. À mon avis, il n’y a aucun lien de causalité ni aucun lien étroit entre le fait que le siège de direction de Norsk soit aux États-Unis et le motif de l’assujettissement fiscal de Norsk aux États-Unis. C’est tout le contraire: à mon sens, si Norsk est assujettie à l’impôt aux États-Unis, c’est parce que le revenu qu’elle a tiré de l’entreprise ou du commerce qu’elle exploitait était relié aux États-Unis.

Le résumé que le juge Muldoon fait, à la p. 6308, des conclusions de Ginsburg, témoin expert appelé par Crown Forest, vient appuyer ma conclusion:

Norsk est redevable d’un impôt aux États-Unis parce qu’elle exploite [TRADUCTION] «une entreprise ou un commerce qui est effectivement relié aux États-Unis»

24

25

26

identified in the *Internal Revenue Code* . . . but is determined by subjective factors according to common law The United States taxes foreign corporations on the basis of the continuous and continuing conduct of an active trade or business within the territorial jurisdiction of the U.S. and taxes the trade's or business' worldwide income "sourced" either within or outside of the U.S. . . . The fact that the foreign corporation's head office and place of management are in the U.S. are one factor — a principal factor — in determining whether it carries on a trade or business in the U.S. . . .

27 In fact, Ginsburg specifically testified (at p. 6308):

In our opinion, the fact that Norsk was entitled to the benefit of this Section 883 exemption does not alter the fact that its income was effectively connected with a U.S. trade or business, and therefore it is "liable to tax" in the United States by virtue of its effectively connected U.S. trade or business. [Emphasis added.]

28 Norsk's tax liability thus derived from s. 882 of the *Internal Revenue Code* which provides that a foreign corporation (such as Norsk) engaged in a trade or business within the United States shall be taxed in the same manner as a U.S. corporation only on that portion of its taxable income which is effectively connected with the conduct of its U.S. trade or business. In this respect, for a foreign corporation to be liable, under American law, to taxation in the U.S. it must meet two conditions: (1) it must be "engaged in trade or business in the United States", and (2) it must have income which is "effectively connected" to that trade or business. Clearly, a foreign corporation may have source income which is not effectively connected to its American operations; in that case, the U.S. would not have the jurisdiction to tax such income.

29 The place of management is only one factor in the determination of whether the first condition mentioned above is met. To this end, ascertaining that Norsk is a resident under the Convention

[. . .] Ce dernier passage n'apparaît pas dans l'*Internal Revenue Code* [. . .], mais il est déterminé par des facteurs subjectifs en accord avec la *common law* [. . .] Les États-Unis frappent d'un impôt les sociétés étrangères qui exploitent activement, d'une manière continue et permanente, un commerce ou une entreprise sur leur territoire, ainsi que le revenu mondial que tire ledit commerce ou ladite entreprise au sein ou à l'extérieur des États-Unis [. . .] Le fait que le siège social et le siège de direction de la société étrangère se trouvent aux États-Unis est un facteur — prépondérant — qui entre en ligne de compte au moment de déterminer si la société en question exploite un commerce ou une entreprise dans ce pays . . .

En réalité, Ginsburg fait plus précisément le témoignage suivant, à la p. 6308:

[TRADUCTION] À notre avis, le fait que Norsk avait droit à cette exonération aux termes de l'article 883 ne change rien au fait que son revenu était effectivement relié à une entreprise ou un commerce américain; Norsk est donc redevable d'un impôt aux États-Unis du fait de son entreprise ou de son commerce américain effectivement relié. [Je souligne.]

L'assujettissement fiscal de Norsk découle donc de l'art. 882 de l'*Internal Revenue Code*, qui prévoit qu'une société étrangère (comme Norsk) qui exploite un commerce ou une entreprise aux États-Unis est imposable de la même manière qu'une société américaine dans la mesure seulement de son revenu imposable qui est effectivement relié à l'exploitation de son entreprise ou de son commerce aux États-Unis. À cet égard, selon le droit américain, pour qu'une société étrangère soit assujettie à l'impôt aux États-Unis, elle doit satisfaire à deux conditions: (1) elle doit «exploite[r] un commerce ou une entreprise aux États-Unis», et (2) elle doit tirer un revenu qui est «effectivement relié» à ce commerce ou à cette entreprise. De toute évidence, une société étrangère peut avoir une source de revenu qui n'est pas effectivement reliée à ses opérations américaines; le cas échéant, les États-Unis ne seraient pas compétents pour imposer ce revenu.

Le siège de direction n'est qu'un facteur qui entre en ligne de compte pour déterminer si la première condition susmentionnée est remplie. À cette fin, vérifier si Norsk est un résident au sens de la

because its place of management is in the United States erroneously amounts to elevating a factor used in determining its tax liability into the actual grounds for that tax liability. Place of management is one step removed from the true and immediate basis for tax liability.

I further note that, in the determination of whether a company is “engaged in a trade or a business within the United States”, other factors may also be considered along with “place of management”. These are all analogous to “place of management” and include, but are not limited to: the extent of the activity within the country whose residence is claimed, the location of books and records, the location of the head office, the nationalities of the persons employed, the use of resources, the continuing conduct of the business over a period of time, and the location of the principal place of business. I find it somewhat perverse to have all of these criteria individually elevated to actual grounds for tax liability; nevertheless, such a result logically flows from ascribing such a status to “place of management”.

With respect, both Muldoon J. and Heald J.A. unfortunately conflated “place of management” and “engaged in business” and consequently introduced a degree of circularity into their reasons. For example, Muldoon J. explicitly found, at p. 6309, that Norsk is liable to tax in the United States on income connected with a trade or business which it carries on in the United States and that both of the experts agreed, in principle, with this conclusion. The fact that Norsk’s place of management was in the U.S. was determined to be a “prime criterion” for determining whether Norsk was carrying on a trade or business in the United States. Nevertheless, after arriving at these conclusions, Muldoon J. then went on to find that “place of management”, even standing alone, could ground Norsk’s U.S. tax liability and hence deem it a U.S. resident under the Convention.

In my view, the majority of the Federal Court of Appeal took an even more troublesome approach.

Convention du fait que son siège de direction est situé aux États-Unis revient à faire à tort d’un facteur utilisé pour déterminer son assujettissement fiscal, un des motifs réels de cet assujettissement fiscal. Le siège de direction est pris en compte à une étape antérieure au motif véritable et immédiat d’assujettissement fiscal.

Je remarque également que, pour déterminer si une compagnie «exploite un commerce ou une entreprise aux États-Unis», d’autres facteurs peuvent être considérés en plus du «siège de direction». Ceux-ci sont tous analogues au «siège de direction» et incluent, notamment, l’étendue de l’activité dans le pays dont on se prétend résident, le lieu où sont gardés livres et registres, l’emplacement du siège social, la nationalité des employés, l’utilisation de ressources, l’exploitation continue de l’entreprise pendant un certain temps et le lieu du principal établissement. Il me paraît quelque peu erroné que chacun de ces facteurs soit élevé au rang de motif réel d’assujettissement fiscal. C’est là toutefois le résultat logique d’une telle qualification du «siège de direction».

En toute déférence, les juges Muldoon et Heald ont malheureusement confondu les expressions «siège de direction» et «exploite une entreprise» et ont, par conséquent, introduit une certaine tautologie dans leurs raisonnements. Par exemple, le juge Muldoon conclut explicitement, à la p. 6309, que Norsk est redevable, aux États-Unis, d’un impôt sur le revenu relié à un commerce ou à une entreprise qu’elle y exploite, et qu’en principe les deux experts souscrivent à cette conclusion. On a jugé que le fait que le siège de direction de Norsk était situé aux États-Unis constituait un «critère primordial» pour déterminer si Norsk exploitait un commerce ou une entreprise aux États-Unis. Après avoir tiré ces conclusions, le juge Muldoon a néanmoins ajouté que le «siège de direction», même à lui seul, pourrait justifier l’assujettissement de Norsk à l’impôt aux États-Unis et donc faire en sorte que Norsk soit réputée être un résident des États-Unis au sens de la Convention.

À mon avis, la Cour d’appel fédérale à la majorité a adopté un point de vue encore plus embarrass-

30

31

32

It noted, at p. 6111, that Norsk is liable to tax on that portion of its income which is effectively connected with the conduct of its U.S. trade or business but that, in making this finding, various factors are to be considered including: the head office location, the place of management, the extent of the activity within the U.S., the employment of individuals, the use of resources, and the continuity of the conduct of the business over a period of time.

sant. Elle fait remarquer, à la p. 6111, que Norsk est redevable d'un impôt sur la partie de son revenu qui est effectivement relié à l'exploitation de son entreprise ou commerce américain, mais que, pour tirer cette conclusion, il faut considérer divers facteurs, dont l'emplacement du siège social, le siège de direction, l'étendue de l'activité aux États-Unis, l'emploi de particuliers, l'utilisation de ressources et l'exploitation continue de l'entreprise pendant un certain temps.

33 In fact, the place of management criterion was found not to be a factor which in itself would determine the corporation's income to be effectively connected with the conduct of its U.S. trade or business. Yet, despite arriving at these conclusions, the Court of Appeal at p. 6112 still found it not unreasonable to conclude, as did the trial judge, that "[t]he reason for which Norsk's income is effectively connected with a trade or business which it actively conducts in the U.S.A., is because Norsk's place of management is located in the U.S.A. where it conducts its trade or business". The majority of the Court of Appeal then further found that Norsk benefitted from residency status under Article IV because its place of management was in the United States. However, the point of the matter is that the finding that Norsk's place of management is a prime factor in its liability to tax in the U.S. does not mean that its U.S. tax liability operates by reason of its place of management in the U.S.

En fait, on a jugé que le critère du siège de direction n'était pas un facteur qui permettrait en soi de déterminer que le revenu de la société est effectivement relié à l'exploitation de son entreprise ou de son commerce américain. Malgré ces conclusions, la Cour d'appel juge pourtant, à la p. 6112, qu'il n'est pas déraisonnable de conclure, comme l'a fait le juge de première instance, que «[l]a raison pour laquelle le revenu de Norsk est effectivement relié à une entreprise ou un commerce exploité activement aux États-Unis est que le siège de direction de Norsk est situé aux États-Unis, où cette société exploite son commerce ou son entreprise». La Cour d'appel à la majorité a ensuite conclu que Norsk avait la qualité de résident au sens de l'article IV parce que son siège de direction était situé aux États-Unis. Il reste toutefois que la conclusion que le siège de direction de Norsk est un facteur primordial quant à son assujettissement fiscal aux États-Unis ne signifie pas que Norsk est assujettie à l'impôt aux États-Unis en raison de son siège de direction qui s'y trouve.

34 This inconsistency was observed by Décary J.A. in dissent. Décary J.A. correctly noted that a foreign corporation is not liable for tax in the United States by reason solely of its domicile, of its residence or of its place of management. Décary J.A. also found, at p. 6115, that the trial judge had erred in determining that Norsk was liable to tax in the U.S. by reason of its place of management:

Cette contradiction a été relevée par le juge Décary dans sa dissidence. Celui-ci a souligné, à juste titre, qu'une société étrangère n'est pas assujettie à l'impôt aux États-Unis en raison uniquement de son domicile, de sa résidence ou de son siège de direction. Le juge Décary conclut également, à la p. 6115, que le juge de première instance a commis une erreur en décidant que Norsk était assujettie à l'impôt aux États-Unis en raison de son siège de direction:

The reason for which Norsk is liable to tax in the United States is not because its place of management is located in the United States, but because the trade or business it conducts is effectively connected with the United States,

La raison pour laquelle Norsk est assujettie à l'impôt aux États-Unis n'est pas parce que son siège de direction est situé aux États-Unis, mais parce que son entreprise ou son commerce est effectivement relié aux États-

that connection being established, amongst various factors, by Norsk's place of management. The nuance is of major significance: liability to tax derives from Norsk's trade or business, not from Norsk's place of management which, in itself, does not make Norsk liable to tax in the United States.

...

To say that the fact that the place of management is a factor in determining the very reason of Norsk's liability of tax (i.e. conducting a business . . .), renders Norsk liable to tax by reason of its place of management, is to transform a factor used in assessing a tax liability that does not fall under article IV, into one of the four criteria recognized by the article. Had the contracting states intended to qualify as residents foreign corporations liable to tax by reason of the conduct of their business, it would have been very easy to add another criterion such as conduct of business or place of business.

This analysis has been echoed in the academic literature. For example, Michael Edwardes-Ker writes, in a case-comment on the Federal Court Trial Division judgment (*The International Tax Treaties Service*, at p. 10.5007):

Muldoon J. seems to have assumed that because Norsk had a place of management in the US, it was liable to tax *as a resident* (i.e. full tax liability). This is not the case; "place of management" is *not* a criterion for full tax liability in the US. Norsk was liable to US tax because it had a US trade or business. The fact that this business included a place of management was simply a factor in establishing that a US trade or business existed . . . [Emphasis by underlining added; italics in original.]

Out of this web of nuance flow, in my opinion, two conclusions: Norsk conducted a trade or business connected to the United States and Norsk's place of management was in the United States. Both of these findings of fact appear fully reasonable; however, the veritable lynch-pin of Norsk's U.S. tax liability is the "engaged in a trade or business" criterion, not the "place of management". While the courts below were correct that Norsk's place of management was a factor relevant to its

Unis, ce lien étant notamment établi par le siège de direction de Norsk. Cette nuance revêt une grande importance: Norsk est assujettie à l'impôt à cause de son entreprise ou de son commerce et non pas de son siège de direction qui, en soi, ne la rend pas assujettie à l'impôt aux États-Unis.

...

Conclure que le seul fait que le siège de direction soit un facteur utilisé aux fins de déterminer si, par l'exploitation d'une entreprise [. . .], Norsk est assujettie à l'impôt, rend Norsk assujettie à l'impôt en raison de son siège de direction, revient à faire d'un facteur utilisé pour établir une obligation fiscale qui n'est pas visée par l'article IV, un des quatre critères reconnus par cet article. Si les États contractants avaient eu l'intention de qualifier de résidents les sociétés étrangères assujetties à l'impôt en raison de l'exploitation de leur entreprise, ils auraient très facilement pu ajouter un autre critère comme une installation d'affaires ou l'exercice d'une activité.

Cette analyse a été reprise dans la doctrine. Par exemple, dans un commentaire de la décision de la Cour fédérale, Section de première instance (*The International Tax Treaties Service*, à la p. 10.5007), Michael Edwardes-Ker écrit:

[TRADUCTION] Le juge Muldoon semble avoir présumé que, parce que Norsk avait un siège de direction aux États-Unis, elle était redevable d'un impôt à titre de résident (soit l'assujettissement intégral à l'impôt). Ce n'est pas le cas: le «siège de direction» *n'est pas* un critère qui justifie l'assujettissement intégral à l'impôt aux États-Unis. Norsk était assujettie à l'impôt aux États-Unis parce qu'elle exploitait une entreprise ou un commerce américain. Le fait que cette entreprise avait un siège de direction n'était qu'un facteur pertinent pour établir qu'une entreprise ou un commerce américain existait . . . [Je souligne; en italique dans l'original.]

À mon avis, deux conclusions peuvent être tirées de ce fond de nuances: Norsk exploitait une entreprise ou un commerce relié aux États-Unis et le siège de direction de Norsk était situé aux États-Unis. Ces deux conclusions de fait paraissent tout à fait raisonnables; toutefois, le véritable fondement de l'assujettissement de Norsk à l'impôt aux États-Unis est le critère de l'exploitation d'un commerce ou d'une entreprise, et non le «siège de direction». Si les tribunaux d'instance inférieure

35

36

American tax liability, they erred when they concluded that the legal basis of Norsk's tax liability was the fact that its place of management was in the U.S. In other words, the courts below erred in interpreting the expression "by reason of" as found in the Convention.

37 The respondent argues that this Court should not interfere with the findings, allegedly of fact, of the trial judge. It is further submitted that an appellate court should normally only overturn a trial judge's finding of fact if there is evidence of palpable or overriding error.

38 I agree with this latter submission. However, at issue in this appeal are not factual findings, but the trial judge's interpretation of the Convention, this being a conclusion as to law or, in the least, mixed law and fact, and, hence, properly reviewable by an appellate court. I further note that the expert testimony was clear that the legal basis for Norsk's tax liability was the "engaged in a business in the United States" criterion. Therefore, it is proper to revisit the legal conclusions of the trial and Federal Court of Appeal judges and clearly find, as did Décaré J.A. in dissent, that Norsk's U.S. tax liability as a foreign corporation arose by reason of the fact it derived some income which was effectively connected to the United States from a business in which it was engaged in the United States. Although the barge income itself may not have been "effectively connected" to the United States, Norsk did have other sources of income that appear to be so connected.

39 Nevertheless, the analysis does not end here. Should the respondent successfully demonstrate that "engaged in a business in the U.S." is a criterion of a nature similar to the enumerated grounds,

ont eu raison de conclure que le siège de direction de Norsk était un facteur pertinent quant à son assujettissement à l'impôt aux États-Unis, ils ont eu tort de conclure que le fondement juridique de l'assujettissement fiscal de Norsk était le fait que son siège de direction était situé aux États-Unis. En d'autres termes, les tribunaux d'instance inférieure ont commis une erreur dans leur interprétation de l'expression «en raison de» qui figure dans la Convention.

L'intimée fait valoir que notre Cour ne devrait pas intervenir dans les conclusions, que l'on dit de fait, tirées par le juge de première instance. On soutient également qu'une cour d'appel ne devrait normalement écarter la conclusion de fait d'un juge de première instance que s'il y a preuve que ce dernier a commis une erreur manifeste ou dominante.

Je suis d'accord avec ce dernier argument. Toutefois, le pourvoi porte non pas sur des conclusions de fait, mais sur l'interprétation par le juge de première instance de la Convention, qui constitue une conclusion de droit ou, à tout le moins, une conclusion mixte de droit et de fait qui, partant, est susceptible d'examen par une cour d'appel. Je remarque en outre que, dans son témoignage, l'expert a précisé clairement que le fondement juridique de l'assujettissement fiscal de Norsk résidait dans le critère de l'exploitation d'une entreprise aux États-Unis. Par conséquent, il convient de revoir les conclusions de droit qu'ont tirées le juge de première instance et ceux de la Cour d'appel fédérale et de conclure explicitement, à l'instar du juge Décaré, dissident, que l'assujettissement fiscal de Norsk aux États-Unis, à titre de société étrangère, découlait du fait qu'elle tirait, d'une entreprise qu'elle y exploitait, un revenu effectivement relié aux États-Unis. Bien qu'il se puisse que le revenu tiré des barges n'ait pas lui-même été «effectivement relié» aux États-Unis, Norsk disposait d'autres sources de revenus qui paraissent être ainsi reliées.

L'analyse ne se termine toutefois pas là. Si l'intimée réussit à démontrer que le critère de l'exploitation d'une entreprise aux États-Unis est un critère de nature analogue à ceux qui sont énumérés,

then Norsk will be deemed to be a resident under the Convention.

I agree with the appellant that the most similar element among the enumerated criteria is that, standing alone, they would each constitute a basis on which states generally impose full tax liability on world-wide income: *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions* (1991), at pp. 154-59; Joseph Isenbergh, *International Taxation: U.S. Taxation of Foreign Taxpayers and Foreign Income*, vol. I (1990), at pp. 326-27. In this respect, the criteria for determining residence in Article IV, paragraph 1 involve more than simply being liable to taxation on some portion of income (source liability); they entail being subject to as comprehensive a tax liability as is imposed by a state. In the United States and Canada, such comprehensive taxation is taxation on world-wide income. However, tax liability for the income effectively connected to a business engaged in the U.S., pursuant to s. 882 of the *Internal Revenue Code*, amounts simply to source liability. Consequently, the “engaged in a business in the U.S.” criterion is not of a similar nature to the enumerated grounds since it is but a basis for source taxation.

In sum, I endorse the following excerpt of the judgement of Décary J.A. (at p. 6115):

To say that Norsk, which is not liable to tax by reason of its place of management, is liable to tax by reason of a criterion of a similar nature because its place of management is one of the factors to be considered in determining the very reason of its liability to tax, i.e. the conduct of a business . . . , is to beg the question and try to enter through a door that has already been closed.

B. What was the Intention of the Drafters of the Convention?

On a direct application of Article IV, I hold that Norsk is not a “resident”. This conclusion is confirmed when undertaken with an eye to the intentions of the drafters of the Convention and to the

Norsk sera alors réputée être un résident au sens de la Convention.

Je conviens avec l’appelante que l’élément que les critères énumérés ont le plus en commun est que chacun d’entre eux pourrait à lui seul constituer un motif pour lequel les États imposent généralement, à l’égard des revenus mondiaux, un assujettissement intégral à l’impôt: *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions* (1991), aux pp. 154 à 159; Joseph Isenbergh, *International Taxation: U.S. Taxation of Foreign Taxpayers and Foreign Income*, vol. I (1990), aux pp. 326 et 327. À cet égard, les critères applicables pour déterminer le lieu de résidence à l’article IV, paragraphe 1 impliquent plus que le simple fait d’être redevable d’un impôt à l’égard d’une part de revenu (assujettissement fondé sur la source), ils comportent l’assujettissement fiscal le plus complet qu’un État puisse imposer. Aux États-Unis et au Canada, cette imposition complète vise les revenus mondiaux. Cependant, conformément à l’art. 882 de l’*Internal Revenue Code*, l’assujettissement fiscal relatif au revenu effectivement relié à une entreprise exploitée aux États-Unis est simplement un assujettissement fondé sur la source. En conséquence, le critère de l’exploitation d’une entreprise aux États-Unis n’est pas de nature analogue aux facteurs énumérés puisqu’il n’est qu’un motif d’imposition fondée sur la source.

Somme toute, je souscris au passage suivant du judgement du juge Décary (à la p. 6115):

Considérer que Norsk, qui ne se trouve pas assujettie à l’impôt en raison de son siège de direction, y est assujettie en raison d’un critère de nature analogue parce que son siège de direction constitue l’un des facteurs dont il faut tenir compte dans la détermination de l’assujettissement à l’impôt, soit la conduite d’une entreprise [. . .], est présumer la question résolue et tenter d’entrer par une porte qui est déjà fermée.

B. Quelle était l’intention des rédacteurs de la Convention?

Appliquant directement l’article IV, je conclus que Norsk n’est pas un «résident». Cette conclusion est d’autant plus vraie si elle est tirée compte tenu de l’intention des rédacteurs de la Convention

40

41

42

goals of international taxation treaties. In other words, I do not believe that Norsk should be considered a resident under Article IV of the Convention nor that the designers of the Convention would have envisioned that it ought to benefit from the preferential tax treatment accorded to residents.

43 Reviewing the intentions of the drafters of a taxation convention is a very important element in delineating the scope of the application of that treaty. As noted by Addy J. in *J. N. Gladden Estate v. The Queen*, [1985] 1 C.T.C. 163 (F.C.T.D.), at pp. 166-67:

Contrary to an ordinary taxing statute a tax treaty or convention must be given a liberal interpretation with a view to implementing the true intentions of the parties. A literal or legalistic interpretation must be avoided when the basic object of the treaty might be defeated or frustrated in so far as the particular item under consideration is concerned. [Emphasis added.]

See David A. Ward, "Principles To Be Applied in Interpreting Tax Treaties" (1977), 25 *Can. Tax J.* 263; see also the methodology used by this Court in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, at pp. 713-16 (albeit not within the context of taxation, but refugee determination). A similar position underpins American jurisprudence. In *Bacardi Corp. of America v. Domenech*, 311 U.S. 150 (1940), the Supreme Court of the United States held at p. 163 that a treaty should generally be "construe[d] . . . liberally to give effect to the purpose which animates it". See also *United States v. Stuart*, 489 U.S. 353 (1989), at p. 368, *per* Brennan J. (delivering the opinion of the Court).

44 Clearly, the purpose of the Convention has significant relevance to how its provisions are to be interpreted. I agree with the intervenor Government of the United States' submission that, in ascertaining these goals and intentions, a court may refer to extrinsic materials which form part of the legal context (these include accepted model conventions and official commentaries thereon) without the need first to find an ambiguity before turning to such materials.

et des objectifs des traités internationaux en matière fiscale. En d'autres termes, je ne crois pas que Norsk devrait être considérée comme un résident au sens de l'article IV de la Convention, ni que les rédacteurs de la Convention auraient prévu qu'elle devrait bénéficier du traitement fiscal préférentiel qui est accordé aux résidents.

L'analyse de l'intention des rédacteurs d'une convention fiscale est très importante pour déterminer le champ d'application de ce traité. Comme le fait remarquer le juge Addy dans *Succession J. N. Gladden c. La Reine*, [1985] 1 C.T.C. 163 (C.F. 1^{re} inst.), aux pp. 166 et 167:

Contrairement à une loi fiscale ordinaire un traité ou une convention en matière d'impôt doit être interprété de façon libérale, de manière à appliquer les véritables intentions des parties. Il faut éviter une interprétation littérale ou légaliste lorsque l'objet fondamental du traité pourrait être rejeté ou contrecarré dans la mesure où le point particulier à l'étude est visé. [Je souligne.]

Voir David A. Ward, «Principles To Be Applied in Interpreting Tax Treaties» (1977), 25 *Can. Tax J.* 263; voir également la méthodologie utilisée par notre Cour dans *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, aux pp. 713 à 716 (bien que ce soit dans un contexte de détermination du statut de réfugié et non d'imposition). Une position semblable sous-tend la jurisprudence américaine. Dans *Bacardi Corp. of America c. Domenech*, 311 U.S. 150 (1940), la Cour suprême des États-Unis conclut, à la p. 163, qu'un traité devrait généralement être [TRADUCTION] «interprét[é] [. . .] libéralement de manière à réaliser l'objectif qui le sous-tend». Voir également *United States c. Stuart*, 489 U.S. 353 (1989), à la p. 368, le juge Brennan (au nom de la Cour).

Manifestement, l'objectif de la Convention revêt une grande importance quant à la façon d'interpréter ses dispositions. Je conviens avec l'intervenant le gouvernement américain que, pour dégager ces objectifs et intentions, un tribunal peut recourir à des documents extrinsèques qui font partie du contexte juridique (notamment les conventions modèles acceptées et les commentaires officiels portant sur celles-ci) sans qu'il soit nécessaire d'avoir préalablement décelé une ambiguïté.

I accept the appellant and intervener's submission that, since the application of the Convention is to be limited to taxpayers bearing full tax liability in one of the contracting parties, then Norsk cannot benefit from the Convention and is consequently not to be characterized as a resident under Article IV, paragraph 1. As shall become apparent in the discussion *infra*, the courts below departed from the historical *raison d'être* of international tax treaties when proposing that the *Canada-United States Income Tax Convention (1980)*, covers taxpayers liable only to source taxation in one of the contracting parties.

At this point in the analysis, it is important to take a step backwards and isolate exactly whom the Convention was intended to benefit. The target group are Canadians working in the United States (or *vice versa*) and Canadian companies operating in the United States (again, or *vice versa*). It was deemed important, in order to promote international trade between Canada and the U.S., to spare such individuals and corporations double taxation (consequently promoting the equitable allocation of profits of enterprises doing business in both countries): see Preamble to the Convention; see also *Utah Mines Ltd. v. The Queen*, 92 D.T.C. 6194 (F.C.A.), and U.S. Senate (Foreign Relations Committee), *Tax Convention and Proposed Protocols with Canada*, at p. 2: "The principal purposes of the proposed income tax treaty between the United States and Canada are to reduce or eliminate double taxation of income earned by citizens and residents of either country from sources within the other country, and to prevent avoidance or evasion of income taxes of the two countries." An ancillary goal would also be to mitigate the administrative complexities occasioned by having to file simultaneously income tax returns in two uncoordinated taxation systems.

I note that states have the jurisdiction to tax income arising from all commercial transactions, whether these be domestic or international in

J'accepte l'argument de l'appelante et de l'intervenant selon lequel, puisque la Convention ne doit s'appliquer qu'aux contribuables entièrement assujettis à l'impôt dans l'une des parties contractantes, Norsk ne peut alors bénéficier de la Convention et ne doit donc pas être qualifiée de résident au sens de l'article IV, paragraphe 1. Comme nous le verrons dans l'analyse qui suit, les tribunaux d'instance inférieure se sont écartés de la raison d'être historique des traités internationaux en matière fiscale lorsqu'ils ont proposé que la *Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts (1980)* vise les contribuables qui, dans l'une des parties contractantes, ne sont assujettis qu'à l'imposition fondée sur la source.

À ce stade-ci de l'analyse, il importe de prendre un léger recul et de déterminer avec exactitude qui devait bénéficier de la Convention. Font partie du groupe visé les Canadiens qui travaillent aux États-Unis (ou l'inverse) et les compagnies canadiennes exploitées aux États-Unis (ou l'inverse là encore). Afin de promouvoir le commerce international entre le Canada et les États-Unis, on a jugé important de soustraire ces personnes physiques et morales à la double imposition (et donc de promouvoir la répartition équitable des profits des entreprises exploitées dans les deux pays): voir le préambule de la Convention; voir également *Utah Mines Ltd. c. La Reine*, 92 D.T.C. 6194 (C.A.F.), et le Sénat américain (Comité sur les relations étrangères), *Tax Convention and Proposed Protocols with Canada*, à la p. 2: [TRADUCTION] «Le projet de traité fiscal entre les États-Unis et le Canada vise principalement à réduire ou à éliminer la double imposition du revenu tiré, par les citoyens et les résidents de l'un ou l'autre pays, de sources situées dans l'autre pays, et à parer à tout évitement fiscal ou à toute évasion fiscale dans les deux pays.» La Convention viserait également, de façon accessoire, à réduire les complexités administratives engendrées par l'obligation de produire simultanément des déclarations d'impôt sur le revenu dans deux régimes fiscaux non coordonnés.

Je remarque que les États sont compétents pour imposer tout revenu tiré d'opérations commerciales de nature nationale ou internationale. Lors-

nature. Where money flows from a domestic to a foreign party, and the income received by the foreign party is outside the jurisdiction of the state, the state exercises its jurisdiction over the transaction by requiring the domestic party to withhold a certain amount from the foreign party. This amount is what is termed a "withholding tax"; it is this type of tax that constitutes the subject matter of the appeal at bar. Withholding taxes creates immediate problems, since it gives rise to the possibility that the taxpayer shall be vulnerable to double taxation on all foreign transactions. The root of this double liability emanates from the fact that, upon one transaction, a withholding tax may be imposed by the payor's government and, at the same time, an income tax may be imposed by the recipient's government. So, theoretically, international transactions could be subject to twice the tax exposure of domestic transactions. This, in turn, creates a potential deterrent to foreign trade and transboundary transactions.

que de l'argent est remis à une partie se trouvant à l'étranger et que le revenu touché par cette dernière échappe à la compétence de l'État, celui-ci exerce la compétence qu'il a sur l'opération en exigeant de la partie qui se trouve à l'intérieur de ses frontières qu'elle retienne une certaine partie de la somme à verser à la partie étrangère. Ce montant est ce qu'on appelle une «retenue d'impôt»; c'est cette forme d'impôt qui fait l'objet du présent pourvoi. Les retenues d'impôt créent des problèmes immédiats puisqu'il en découle une possibilité que le contribuable soit assujéti à une double imposition à l'égard de toutes les opérations à l'étranger. Ce double assujéttissement émane du fait que, lors d'une opération, le gouvernement du payeur peut imposer une retenue d'impôt, alors que le gouvernement du bénéficiaire peut, en même temps, imposer le revenu. Donc, en théorie, les opérations internationales pourraient être deux fois plus imposées que les opérations nationales, d'où le risque de décourager le commerce extérieur et les opérations transfrontalières.

48 In the case at bar, I underscore that there is no need to prevent double taxation because the U.S. has declined to tax Norsk's revenue. Although this does not affect Norsk's tax liability, the effect is still that Norsk is not required to pay any tax in the United States by virtue of the s. 883(a) exemption, this exemption arising by virtue of a reciprocal arrangement between the U.S. and the Bahamas, where Norsk is incorporated. Further, it is unclear whether the specific rental income at issue is even, independent of the exemption, subject to taxation in the U.S. because, pursuant to s. 864(c)(4) of the *Internal Revenue Code*, it might not be considered to be effectively connected with the conduct of Norsk's American trade or business. Allowing Norsk to benefit from the Convention in this case would actually lead to the avoidance of tax on the rental income because the liability for tax asserted by the Canadian authorities would be reduced notwithstanding that the United States chooses not to impose any tax thereon or does not even have the jurisdiction therefor.

Je souligne qu'en l'espèce il n'est pas nécessaire d'éviter la double imposition puisque les États-Unis ont décidé de ne pas imposer le revenu de Norsk. Bien que cela ne change rien à l'assujéttissement fiscal de Norsk, il reste qu'elle n'est tenue de payer aucun impôt aux États-Unis en vertu de l'exonération prévue au par. 883(a), cette exonération étant le fruit d'une entente intervenue entre les États-Unis et les Bahamas, où Norsk a été constituée en personne morale. En outre, il n'est pas certain que le revenu de location en question soit même, indépendamment de l'exonération, assujéti à un impôt aux États-Unis puisque, conformément à l'al. 864(c)(4) de l'*Internal Revenue Code*, il pourrait ne pas être considéré comme étant effectivement relié à l'exploitation de l'entreprise ou du commerce américain de Norsk. Si on permettait à Norsk de bénéficier de la Convention en l'espèce, elle pourrait ainsi éviter tout impôt sur le revenu de location puisque l'assujéttissement à l'impôt invoqué par les autorités canadiennes serait réduit en dépit du fait que les États-Unis ont choisi de ne pas imposer ce revenu ou n'ont même pas compétence à cet égard.

The goal of the Convention is not to permit companies incorporated in a third party country (the Bahamas) to benefit from a reduced tax liability on source income merely by virtue of dealing with a Canadian company through an office situated in the United States. As far as I can see it, if there were any tax convention that Norsk would be able to benefit from, it is that concluded between the U.S. and the Bahamas. There is no reason to assume that, in the context of this case, Canada entered into a treaty with the United States with a view to ceding its taxing authority to a jurisdiction that is a stranger to the Convention, namely the Bahamas. As mentioned earlier, the reason Norsk benefitted from the s. 883 U.S. *Internal Revenue Code* tax exemption was because it was incorporated in the Bahamas which grants an equivalent exemption to U.S. corporations. It seems to me that both Norsk and the respondent are seeking to minimize their tax liability by picking and choosing the international tax regimes most immediately beneficial to them. Although there is nothing improper with such behaviour, I certainly believe that it is not to be encouraged or promoted by judicial interpretation of existing agreements.

Nor do I believe it to have been within the intentions of the drafters of the Convention to permit a corporation (such as Norsk) who is liable for tax on a limited amount that is "sourced" to one of the contracting states — in this case only on income that is effectively connected to the United States — to avail itself of the benefits of the Convention even in respect of income which is not so connected and in respect of which the U.S. has no interest. Naturally, were Norsk to be a domestic corporation, it could properly benefit from the Convention since it would be subject to double taxation on the rental income in the U.S. (by virtue of its residency) as well as in Canada (by virtue of the "source" principle).

49
La Convention a pour objet d'éviter que les compagnies constituées en personne morale dans un pays tiers (les Bahamas) ne bénéficient d'un assujettissement réduit à l'impôt sur le revenu d'une source du seul fait qu'elles traitent avec une compagnie canadienne par l'intermédiaire d'un bureau situé aux États-Unis. Si je comprends bien, si Norsk pouvait bénéficier d'une convention fiscale, c'est bien de celle qui a été conclue entre les États-Unis et les Bahamas. Il n'y a aucune raison de présumer que, dans le contexte de la présente affaire, le Canada a conclu un traité avec les États-Unis dans le but de céder son pouvoir d'imposition à un ressort étranger à la Convention, à savoir les Bahamas. Comme je l'ai déjà mentionné, si Norsk a bénéficié de l'exonération d'impôt prévue à l'art. 883 de l'*Internal Revenue Code* des États-Unis, c'est parce qu'elle a été constituée en personne morale aux Bahamas, lequel pays accorde une exonération équivalente aux sociétés américaines. Il me semble que Norsk et l'intimée cherchent toutes deux à réduire au minimum leur assujettissement fiscal en choisissant les régimes internationaux qui leur sont le plus directement avantageux sur le plan fiscal. Bien que ce comportement n'ait rien de répréhensible, j'estime certainement qu'il ne doit pas être encouragé ni favorisé par l'interprétation judiciaire des ententes existantes.

50
Je ne crois pas non plus que les rédacteurs de la Convention aient voulu permettre à une société (comme Norsk) qui est redevable d'un impôt à l'égard d'un montant limité dont la source se trouve dans l'un des États contractants — en l'espèce, seul le revenu qui est effectivement relié aux États-Unis — de se prévaloir des bénéfices de la Convention même relativement au revenu qui n'est pas ainsi relié et à l'égard duquel les États-Unis n'ont aucun droit. Naturellement, si Norsk était une société à capitaux nationaux, elle pourrait à bon droit profiter de la Convention car elle serait alors assujettie à une double imposition relativement au revenu de location aux États-Unis (en raison de son lieu de résidence) et au Canada (en vertu du principe de la «source»).

51

The appellant submits that adopting the respondent's understanding of Article IV would lead to anomalous results and sets forth the following example:

Assume that . . . a foreign corporation is engaged in a trade or business in the United States and earns \$100 of "effectively connected income" (which is taxable in the U.S.) and \$1,000,000 of foreign source "non-connected income" (assume income from Canada) which is not taxable in the United States.

Pursuant to the Respondent's interpretation, [this corporation] would be considered to be a resident of the U.S. within the meaning of Article IV because it is liable to tax in the U.S. on the \$100. It would therefore be able to benefit from the *Convention* in respect of the \$1,000,000 even though the U.S. declines to tax that income. It is submitted that this was not intended by the contracting states, and that it would encourage enterprises to "treaty shop" by routing their income through a particular state in order to avail themselves of benefits that were designed to be given only to *residents* of the contracting states. [Emphasis in original.]

52

But the shortcomings to the respondent's interpretation go beyond the scenarios envisioned by the appellant. In fact, under the respondent's interpretation, a foreign corporation whose place of management is in the U.S. would be a resident of the U.S. for purposes of the *Convention* notwithstanding that such a corporation may not have any effectively connected income to the U.S. and hence no U.S. tax liability at all. I find this possibility to be highly undesirable. "Treaty shopping" might be encouraged in which enterprises could route their income through particular states in order to avail themselves of benefits that were designed to be given only to residents of the contracting states. This result would be patently contrary to the basis on which Canada ceded its jurisdiction to tax as the source country, namely that the U.S. as the resident country would tax the income. On this point, see also Richard G. Tremblay, "Crown Forest — Tax Treaty Interpretation Bonanza" (1994), 4 *Can. Curr. Tax* C41.

À l'aide de l'exemple suivant, l'appelante fait valoir que le sens que prête l'intimée à l'article IV donnerait lieu à des résultats anormaux:

[TRADUCTION] Supposons [qu'] [...] une société étrangère exploite un commerce ou une entreprise aux États-Unis et tire un «revenu effectivement relié» (qui est imposable aux États-Unis) de 100 \$ et un «revenu non relié» de source étrangère de 1 000 000 \$ (supposons un revenu provenant du Canada) qui n'est pas imposable aux États-Unis.

Suivant l'interprétation de l'intimée, [cette société] serait réputée être un résident des États-Unis au sens de l'article IV parce qu'elle y est assujettie à l'impôt à l'égard de la somme de 100 \$. Elle pourrait, par conséquent, bénéficier de la *Convention* relativement à la somme de 1 000 000 \$ même si les États-Unis refusaient d'imposer ce revenu. On prétend que ce n'était pas là l'intention des États contractants et que cela encouragerait ainsi les entreprises à se mettre à courir les traités en faisant passer leurs revenus par un État donné afin de se prévaloir de bénéfices destinés aux seuls *résidents* des États contractants. [En italique dans l'original.]

Les lacunes que présente l'interprétation donnée par l'intimée vont toutefois au-delà des scénarios envisagés par l'appelante. En fait, suivant l'interprétation de l'intimée, une société étrangère dont le siège de direction est aux États-Unis serait un résident des États-Unis aux fins de la *Convention*, même s'il se peut qu'elle n'ait pas un revenu effectivement relié aux États-Unis et qu'elle ne soit donc assujettie à aucun impôt aux États-Unis. Cette possibilité est, à mon avis, fort peu souhaitable. Cela pourrait encourager la «course aux traités» grâce auxquels des entreprises pourraient faire passer leurs revenus par certains États de manière à se prévaloir de bénéfices destinés aux seuls résidents des États contractants. Ce résultat serait manifestement contraire à la raison pour laquelle le Canada a cédé sa compétence en matière fiscale à titre de pays-source du revenu, à savoir que les États-Unis, à titre de pays de résidence, imposeraient ce revenu. À ce sujet, voir également Richard G. Tremblay, «Crown Forest — Tax Treaty Interpretation Bonanza» (1994), 4 *Can. Curr. Tax* C41.

The respondent replies by submitting that it is the appellant's interpretation of Article IV that would give rise to anomalous results. Most notably:

... if a United Kingdom corporation, the sole business of which for 50 years has been operating a Wyoming ranch, receives some passive income from Canada, it would not be considered a resident of the United States under the Appellant's interpretation simply because of its historic place of incorporation, even though all of its economic connections are with the United States.

I find this scenario far less troubling than the one proposed by the appellants. In the above situation, the mere incorporation of a company in the United States to which the passive income from Canada would flow would permit the taxpayer to benefit from the Convention.

I now turn to another set of extrinsic materials, other international taxation conventions and general models thereof, in order to help illustrate and illuminate the intentions of the parties to the *Canada-United States Income Tax Convention (1980)*. Articles 31 and 32 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties* (Can. T.S. 1980 No. 37) indicate that reference may be made to these types of extrinsic materials when interpreting international documents such as taxation conventions; see also *Hunter Douglas Ltd. v. The Queen*, 79 D.T.C. 5340, (F.C.T.D.), at pp. 5344-45, and *Thiel v. Federal Commissioner of Taxation*, 90 A.T.C. 4717 (H.C. Aust.), at p. 4722.

Of high persuasive value in terms of defining the parameters of the *Canada-United States Income Tax Convention (1980)* is the *OECD Model Double Taxation Convention on Income and on Capital* (1963, re-enacted in 1977): Arnold and Edgar, eds., *Materials on Canadian Income Tax* (9th ed. 1990), at p. 208. As noted by the Court of Appeal, it served as the basis for the *Canada-United States Income Tax Convention (1980)* and also has world-wide recognition as a basic document of reference in the negotiation, application and interpretation of multilateral or bilateral tax

L'intimée réplique que c'est plutôt l'interprétation que l'appelante donne à l'article IV qui entraînerait des résultats anormaux. Plus précisément:

[TRADUCTION] ... si une société du Royaume-Uni, dont la seule activité a consisté, pendant 50 ans, à exploiter un ranch au Wyoming, recevait un revenu passif du Canada, elle ne serait pas considérée comme un résident des États-Unis suivant l'interprétation de l'appelante, simplement en raison du lieu de sa constitution en personne morale, bien que tous ses liens économiques soient avec les États-Unis.

Ce scénario me paraît beaucoup moins embarrassant que celui avancé par les appelants. Dans la situation susmentionnée, la simple constitution en personne morale aux États-Unis d'une compagnie qui recevrait un revenu passif du Canada permettrait au contribuable de bénéficier de la Convention.

Je passe maintenant à une autre série de documents extrinsèques, à d'autres conventions fiscales internationales et à leurs modèles généraux, pour illustrer et clarifier les intentions des parties à la *Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts (1980)*. Suivant les art. 31 et 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (R.T. Can. 1980 n° 37), on peut recourir à ce genre de documents extrinsèques pour interpréter des documents internationaux comme les conventions fiscales; voir également *Hunter Douglas Ltd. c. La Reine*, 79 D.T.C. 5340 (C.F. 1^{re} inst.), aux pp. 5344 et 5345, et *Thiel c. Federal Commissioner of Taxation*, 90 A.T.C. 4717 (H.C. Aust.), à la p. 4722.

Le *Modèle de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune* de l'OCDE (1963, adopté de nouveau en 1977) est fort convaincant pour ce qui est de délimiter les paramètres de la *Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts (1980)*: Arnold et Edgar, dir., *Materials on Canadian Income Tax* (9^e éd. 1990), à la p. 208. Comme l'a signalé la Cour d'appel, ce modèle, reconnu mondialement comme un document de référence fondamental aux fins de la négociation, de l'application et de l'interprétation de conventions fiscales bilatérales ou multilatérales, a servi

53

54

55

conventions. Article 4, paragraph 1 of the OECD Convention reads as follows:

1. For the purposes of this Convention, the term “resident of a Contracting State” means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature. But this term does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State or capital situated therein. [Emphasis added.]

56

The underscored sentence does not form part of Article IV of the *Canada-United States Income Tax Convention (1980)*. Nevertheless, as I will discuss below, I reject the respondent’s argument (accepted by Heald J.A.) that the failure to reproduce the second line of the OECD Model Convention residency definition in Article IV of the *Canada-United States Income Tax Convention (1980)* indicates a desire to permit even those only liable for source income to qualify as residents under the *Canada-United States Income Tax Convention (1980)*. Consequently, I do not find that this omission indicates that the intention of the drafters of the Convention was to permit entities such as Norsk to benefit from “residency” status.

57

The Commentaries to the OECD Model Convention as well as academic sources indicate that generally the domestic laws of the contracting states employ residence to apply on “full-tax liability”: paragraphs 3 and 8 to the Commentary to Article IV in Nathan Boidman, L. Frank Chopin and Alan W. Granwell, “Tax Effects for Canadians of the New U.S. Code and Treaty Residency Rules (Part Two)” (1985), 14 *Tax Mgmt. Int’l J.* 183, at pp. 184-85. So, too, does the American Law Institute, *Federal Income Tax Project — International Aspects of United States Income Taxation II — Proposals on United States Income Tax Treaties* (1992), at pp. 127-28:

de base à la *Convention Canada-États-Unis en matière d’impôts (1980)*. L’article 4, paragraphe 1 du Modèle de convention de l’OCDE se lit ainsi:

1. Au sens de la présente Convention, l’expression «résident d’un État contractant» désigne toute personne qui, en vertu de la législation de cet État, est assujettie à l’impôt dans cet État, en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère de nature analogue. Toutefois, cette expression ne comprend pas les personnes qui ne sont assujetties à l’impôt dans cet État que pour les revenus de sources situées dans cet État ou pour la fortune qui y est située. [Je souligne.]

Le passage souligné n’a pas été repris dans l’article IV de la *Convention Canada-États-Unis en matière d’impôts (1980)*. Néanmoins, comme je vais l’expliquer plus loin, je rejette l’argument de l’intimée (que le juge Heald de la Cour d’appel a retenu) voulant que l’omission de reprendre, à l’article IV de la *Convention Canada-États-Unis en matière d’impôts (1980)*, la deuxième phrase de la définition du mot «résident», que l’on trouve dans le Modèle de convention de l’OCDE, traduit une volonté de permettre que même ceux qui ne sont assujettis qu’à l’impôt sur le revenu d’une source soient considérés comme des résidents au sens de la *Convention Canada-États-Unis en matière d’impôts (1980)*. Par conséquent, je ne crois pas que cette omission traduise une intention des rédacteurs de la Convention de permettre à des entités comme Norsk de bénéficier de la qualité de «résident».

Les commentaires relatifs au Modèle de convention de l’OCDE de même que les auteurs indiquent qu’en général les lois nationales des États contractants ont recours à la résidence pour créer un «assujettissement intégral à l’impôt»: les paragraphes 3 et 8 du commentaire sur l’article IV; Nathan Boidman, L. Frank Chopin et Alan W. Granwell, «Tax Effects for Canadians of the New U.S. Code and Treaty Residency Rules (Part Two)» (1985), 14 *Tax Mgmt. Int’l J.* 183, aux pp. 184 et 185. Il en est de même de l’American Law Institute, *Federal Income Tax Project — International Aspects of United States Income Taxation II — Proposals on United States Income Tax Treaties* (1992), aux pp. 127 et 128:

Under the prevailing practice, a country entering into an income tax treaty extends the benefits of the treaty to a person or entity that is a “resident of (the other) Contracting State”. “Residence”, in turn, is defined in terms of taxing jurisdiction. A person or entity is considered resident in a country if that country asserts an unlimited right to tax his or its income — that is, a right based upon the taxpayer’s personal connection with the country (as opposed to the source of the income or other income- or asset-related factors). The test of residence requires that the person or entity claiming treaty benefits be “fully taxable” in the residence country, in the sense of being fully subject to its plenary taxing jurisdiction.

Full tax liability is not satisfied in a case where an entity is liable to tax in a jurisdiction only on a part of its income.

The authority for the proposition that only those who are liable to tax on their world-wide income can be justifiably considered residents for the purposes of international taxation conventions is found in the first sentence in Article 4 of the OECD Model Convention and the absence of the second sentence in the *Canada-United States Income Tax Convention (1980)* does not detract therefrom. This is because the second sentence is relevant to a situation in which a person is considered a resident under domestic law but where that person, by reason of a special privilege, nevertheless is not subject to tax on the basis of world-wide income. Paragraph 8 of the Commentary on Article 4 of the OECD Model Convention addresses this point:

In accordance with the provisions of the second sentence of paragraph 1, however, a person is not to be considered a “resident of a Contracting State” in the sense of the Convention if, although not domiciled in that State, he is considered to be a resident according to the domestic laws but is subject only to a taxation limited to the income from sources in that State or to capital situated in that State. That situation exists in some States in relation to individuals, e.g. in the case of a foreign diplomatic and consular staff serving in their territory.

[TRADUCTION] Selon la pratique actuelle, le pays qui conclut un traité fiscal étend les bénéfices de ce traité à la personne ou à l’entité qui est un «résident de l’(autre) État contractant». La «résidence», quant à elle, est déterminée en fonction de la compétence en matière fiscale. La personne ou l’entité est considérée comme étant un résident d’un pays si celui-ci fait valoir un droit absolu d’imposer son revenu — à savoir un droit fondé sur les liens personnels du contribuable avec le pays (par opposition à la source du revenu ou à d’autres facteurs se rapportant au revenu ou aux avoirs). Le critère de la résidence requiert que la personne ou l’entité qui prétend aux bénéfices du traité soit «soumise à une imposition intégrale» dans le pays de résidence, c’est-à-dire qu’elle soit entièrement assujettie à sa compétence absolue en matière fiscale.

Il n’y a pas assujettissement intégral à l’impôt lorsque l’entité est, dans un ressort, assujettie à un impôt sur une partie seulement de son revenu.

La proposition voulant que seuls ceux qui sont assujettis à l’impôt sur leurs revenus mondiaux puissent légitimement être considérés comme des résidents aux fins des conventions fiscales internationales trouve appui dans la première phrase de l’article 4 du Modèle de convention de l’OCDE, et l’absence de la seconde phrase dans la *Convention Canada-États-Unis en matière d’impôts (1980)* n’y change rien. Il en est ainsi parce que la seconde phrase est pertinente relativement à une situation où une personne est considérée comme un résident en vertu du droit national, mais où, en raison d’un privilège spécial, cette personne n’est malgré tout assujettie à aucun impôt sur ses revenus mondiaux. Le paragraphe 8 du commentaire de l’article 4 du Modèle de convention de l’OCDE aborde cette question:

Conformément aux dispositions de la seconde phrase du paragraphe 1, n’est cependant pas considérée comme «résident d’un État contractant», au sens de la Convention, la personne qui, bien que non domiciliée dans cet État, est regardée comme résident par la législation interne et n’est soumise qu’à une imposition limitée aux revenus dont la source est située dans cet État ou à la fortune qui y est située. Cette situation se rencontre dans certains États à l’égard de personnes physiques, notamment les agents diplomatiques et les fonctionnaires consulaires étrangers en service sur leur territoire.

59

In support of its submission that the second sentence of the OECD Model Convention Article 4 was omitted from Article IV of the *Canada-United States Income Tax Convention (1980)* because it simply was not required in the context of the Canadian and U.S. taxation systems, the appellant relies upon B. P. Dwyer and J. C. Ross (“Canada — Recent Cases Concerning Withholding Tax” (1992), 19 *Tax Plan. Int’l Rev.* 29 (a case-comment on the Federal Court Trial Division decision)). At page 30 and footnote 19 of this comment, these authors conclude:

The court’s approach implies that a person taxed by a particular country solely on a source basis can be considered to be a resident of that country for treaty purposes. This was apparently not Canada’s view when it subscribed without reservation to the portion of the Commentary to the OECD Model Treaty that equates the “state of residence” with the state that imposes comprehensive tax liability.

...

It may be questioned whether the omission of the second sentence of the residence definition in the Canada-U.S. treaty makes this agreement substantively different from the OECD Model, on the facts of *Crown Forest*. . . . There is no indication in the commentary to the 1977 OECD Model Treaty that the addition of the second sentence, which was not found in the 1963 OECD Model, was intended to affect the position of a person not viewed as a resident by the domestic law of the taxing state. . . . The 1977 Commentary and later OECD Reports make it clear that the change was intended to address the position of a person viewed as a resident by the domestic law of the taxing state (*e.g.*, by reason of an attachment such as residence or place of management), but who, by reason of special privileges (diplomatic personnel, base companies, etc.) was not subject to worldwide taxation by the state. . . . Canada did not need a provision like the second sentence, because its legislation generally does not include such source-taxation privileges.

60

I would also refer to Victor Peters, “Resident (Article 4)”, *Special Seminar on Analysis of*

À l’appui de sa prétention que la seconde phrase de l’article 4 du Modèle de convention de l’OCDE a été omise de l’article IV de la *Convention Canada-États-Unis en matière d’impôts (1980)* parce qu’elle n’était simplement pas nécessaire dans le contexte des régimes fiscaux canadiens et américains, l’appelante invoque B. P. Dwyer and J. C. Ross («Canada — Recent Cases Concerning Withholding Tax» (1992), 19 *Tax Plan. Int’l Rev.* 29 (un commentaire de la décision de la Cour fédérale, Section de première instance)). À la page 30 et à la note de renvoi 19 de ce commentaire, ces auteurs concluent:

[TRADUCTION] La position de la cour implique qu’une personne dont l’assujettissement fiscal dans un pays repose uniquement sur la source peut être considérée comme un résident de ce pays aux fins d’un traité. Cela n’était apparemment pas l’opinion du Canada lorsqu’il a souscrit sans réserve à la partie du commentaire du Modèle de convention de l’OCDE qui assimile l’«État de résidence» à l’État qui prescrit un assujettissement complet à l’impôt.

...

On peut se demander si l’omission de la seconde phrase de la définition de «résident» dans le traité Canada-États-Unis rend cette entente sensiblement différente du modèle de l’OCDE, d’après les faits de *Crown Forest*. [. . .] Rien n’indique, dans le commentaire du modèle de convention de 1977 de l’OCDE, que l’ajout de la seconde phrase, qui ne figurait pas dans le modèle de 1963 de l’OCDE, était destiné à changer la situation de la personne qui n’est pas considérée comme un résident par le droit national de l’État qui assujettit à l’impôt [. . .] Suivant le commentaire de 1977 et les rapports publiés subséquemment par l’OCDE, il est clair que le changement devait toucher la situation de la personne considérée comme étant un résident par la loi nationale de l’État qui assujettit à l’impôt (par exemple, en raison d’un lien comme la résidence ou le siège de direction), mais dont les revenus mondiaux ne sont pas assujettis à l’impôt dans cet État, en raison de privilèges spéciaux (personnel diplomatique, compagnies relais). [. . .] Le Canada n’avait pas besoin d’une disposition comme la seconde phrase parce que sa loi en général n’inclut pas de tels privilèges d’imposition fondée sur la source.

Je mentionnerais également Victor Peters, «Resident (Article 4)», *Special Seminar on Analy-*

Canada's Tax Conventions and Comparison to the O.E.C.D. Model Double Taxation Convention (1979). Mr. Peters concludes at p. 49 that "in virtually any case in which [one] might wish to qualify for some sort of tax relief pursuant to a provision of the Model Treaty, [one] will first have to be able to qualify thereunder as a resident of at least one of the Contracting States".

Had this second sentence been included in the *Canada-United States Income Tax Convention* (1980) it would only have applied to exclude from the definition of a "resident" a domestic corporation if it were only subject to source-based taxation in the United States. Since (as shall be further discussed *infra*) under U.S. law all domestic corporations are taxed on world-wide income, the second sentence was simply not required in the Convention.

The OECD Model Convention is not the only international agreement worthy of consideration as an extrinsic material. I also draw from the U.N. Model Convention. Article IV of this convention does not contain the "second sentence" but, in the Commentary thereto, recognizes that, in order for a person to be a "resident of a Contracting State", that person must be liable to tax in that state on world-wide income. See also the *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the People's Republic of China for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Tax Evasion with respect to Taxes on Income* (done at Beijing, April 30, 1984). In this connection, I find persuasive the submission that only those corporations that are liable to taxation for the full amount of their world-wide income meet the definition of "resident" in the *Canada-United States Income Tax Convention* (1980). This appears to me to be the intention of the contracting parties.

Moreover, as noted by La Forest J. in *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551, at p. 578:

sis of Canada's Tax Conventions and Comparison to the O.E.C.D. Model Double Taxation Convention (1979). Monsieur Peters conclut, à la p. 49, que [TRADUCTION] «dans presque tous les cas où [on] pourrait souhaiter être admissible à un quelconque allègement fiscal en application d'une disposition du Modèle de convention, [on] devra d'abord pouvoir être considéré, sous son régime, comme un résident d'au moins un des États contractants».

Si cette seconde phrase avait été incluse dans la *Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts* (1980), elle n'aurait été appliquée que pour exclure de la définition de «résident» la société à capitaux nationaux qui, aux États-Unis, n'est assujettie qu'à l'impôt fondé sur la source. Puisque (comme nous le verrons plus loin), suivant la loi américaine, toutes les sociétés à capitaux nationaux voient leur revenus mondiaux imposés, la seconde phrase n'était simplement pas requise dans la Convention.

Le Modèle de convention de l'OCDE n'est pas la seule convention internationale qui vaut la peine d'être examinée à titre de document extrinsèque. Je me reporte également au Modèle de convention des Nations Unies, dont l'article IV ne contient pas la «seconde phrase», mais où, dans le commentaire y relatif, on reconnaît que, pour qu'une personne soit un «résident d'un État contractant», elle doit être assujettie, dans cet État, à l'impôt sur ses revenus mondiaux. Voir également l'*Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the People's Republic of China for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Tax Evasion with respect to Taxes on Income* (signé à Peking le 30 avril 1984). À cet égard, j'estime convaincante la prétention que seules les sociétés qui sont assujetties à l'impôt sur la totalité de leurs revenus mondiaux satisfont à la définition de «résident» contenue dans la *Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts* (1980). Cela me paraît être l'intention des parties contractantes.

De plus, comme l'a noté le juge La Forest dans l'arrêt *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, à la p. 578:

61

62

63

It would be odd if in construing an international treaty to which the legislature has attempted to give effect, the treaty were not interpreted in the manner in which the state parties to the treaty must have intended.

This is also the view in American jurisprudence. The Supreme Court of the United States, in *Sumitomo Shoji America, Inc. v. Avagliano*, 457 U.S. 176 (1982), at pp. 184-85, held that “[a]lthough not conclusive, the meaning attributed to treaty provisions by the Government agencies charged with their negotiation and enforcement is entitled to great weight”.

Il serait étrange qu’un traité international auquel la législature a tenté de donner effet ne soit pas interprété dans le sens que les États parties au traité doivent avoir souhaité.

C’est également l’opinion qui se dégage de la jurisprudence américaine. La Cour suprême des États-Unis, dans *Sumitomo Shoji America, Inc. c. Avagliano*, 457 U.S. 176 (1982), aux pp. 184 et 185, a conclu que [TRADUCTION] «[b]ien que non concluant, le sens que prêtent aux dispositions des traités les organismes gouvernementaux chargés de leur négociation et de leur application a le droit de se voir accorder une grande valeur».

64

I am sensitive to the fact that limiting residence to those taxed only on world-wide income effectively narrows the benefits of the Convention (in so far as American companies are concerned) only to entities actually incorporated in the United States. After all, “foreign corporations” (i.e., those not incorporated in the United States) remain liable only for their U.S. source income. This was a concern of Heald J.A., at p. 6113. For my part, I see nothing fundamentally unjust with the situation where, owing to the nature of U.S. tax legislation, the Convention would be limited to those who actually incorporated in the U.S. (i.e., those who are actually American residents). After all, why should entities not regarded as “residents” by a contracting state be regarded as residents of that state for the purposes of the Convention? Article I of the Convention specifically states that it is generally applicable to persons who are “residents of one or both of the Contracting States”; see also the *Technical Explanation of United States-Canada Income Tax Convention, 1980* which, with respect to Article IV, notes at p. 1349: “Article IV provides a detailed definition of the term ‘resident of a Contracting State’. The definition begins with a person’s liability to tax as a resident under the respective taxation laws of the Contracting States.” I do not really see anything “tautological” (as alleged by the respondent) about grounding residency under the Convention in actual residency in one of the contracting parties according to that party’s domestic legislation. As noted by the appellant, the Convention was not intended to allow entities to achieve a higher status of resi-

Je suis conscient du fait de limiter la qualité de résident aux seules personnes dont les revenus mondiaux sont imposés restreint effectivement les bénéficiaires de la Convention (dans la mesure où les compagnies américaines sont concernées) aux seules entités qui sont bel et bien constituées en personne morale aux États-Unis. Après tout, les «sociétés étrangères» (c.-à-d. celles non constituées en personne morale aux États-Unis) demeurent assujetties à l’impôt sur leurs revenus de source américaine uniquement. C’était là une préoccupation du juge Heald de la Cour d’appel (à la p. 6113). Pour ma part, je ne vois rien de fondamentalement injuste dans la situation où, en raison des lois fiscales américaines, la Convention serait restreinte aux sociétés effectivement constituées en personne morale aux États-Unis (c.-à-d. celles qui sont réellement des résidents américains). Après tout, pourquoi des entités qui ne sont pas considérées comme des «résidents» par un État contractant devraient-elles être considérées comme des résidents de cet État aux fins de la Convention? L’article I de la Convention précise qu’elle s’applique d’une façon générale aux personnes qui sont des «résidents d’un État contractant ou des deux États contractants»; voir également la *Technical Explanation of United States-Canada Income Tax Convention, 1980* qui souligne, à l’égard de l’article IV, à la p. 1349: [TRADUCTION] «L’article IV donne une définition détaillée de l’expression «résident d’un État contractant». La définition commence par l’assujettissement fiscal d’une personne en sa qualité de résident au sens des lois fiscales respectives des États contractants.» Je ne vois

dence under its terms than would be available at domestic law.

The intervener makes several informative submissions that support the conclusion that it was expressly intended by the United States to have residence under the Convention determined (for its part) only by place of incorporation. It is noted that Article 4, paragraph 1 of the OECD Model Convention does not contain "place of incorporation" as grounds for residence. However, recognizing that "place of incorporation" is the only criterion that has any relevance to the determination of world-wide tax liability under U.S. law, the U.S. entered a reservation to Article 4, paragraph 1 for the right to use "place of incorporation" as an indicator of residence. However, in order to preserve overall conformity with the OECD Model Convention, the decision was taken not to remove the other OECD criteria from Article IV, paragraph 1. Nevertheless, the term "place of incorporation" is the only term in Article IV, paragraph 1 that governs the determination of the residence of a corporation in the United States for purposes of its tax conventions.

It is for this reason that the trial judge's rhetorical conclusion, at p. 6310, ("if the negotiators of the Convention meant to exclude foreign corporations in the U.S., like Norsk, from the status of "resident of a Contracting State" (i.e., the U.S.A.) one wonders why they simply did not write into the Convention exactly what they allegedly meant to say") must be rejected. The extrinsic materials reveal that such explicit "writing-in" was simply not necessary. This analysis helps further rebut the respondent's other submission that, since in its tax treaties with other nations the U.S. has chosen to utilize more restrictive language in terms of the definition of "resident", the intention of the U.S. in

vraiment rien de «tautologique» (comme le soutient l'intimée) dans le fait de fonder le lieu de résidence au sens de la Convention sur le lieu de résidence véritable dans l'une des parties contractantes suivant la loi nationale de cette partie. Comme l'a souligné l'appelante, la Convention n'était pas destinée à permettre aux entités d'atteindre un statut de résidence supérieur à celui dont elles pouvaient bénéficier selon la loi nationale.

L'intervenant avance plusieurs arguments instructifs à l'appui de la conclusion que les États-Unis ont voulu expressément que la résidence au sens de la Convention soit déterminée (pour leur part) uniquement en fonction du lieu de constitution en personne morale. On souligne que l'article 4, paragraphe 1 du Modèle de convention de l'OCDE ne fait pas du «lieu de constitution» un critère de résidence. Toutefois, reconnaissant que le «lieu de constitution» est le seul critère pertinent pour déterminer l'assujettissement à l'impôt sur le revenu mondial en droit américain, les États-Unis ont inscrit une réserve à l'article 4, paragraphe 1 quant au droit d'utiliser le «lieu de constitution» comme un indice de résidence. Toutefois, pour préserver la conformité globale avec le Modèle de convention de l'OCDE, on a pris la décision de ne pas supprimer de l'article IV, paragraphe 1 les autres critères de l'OCDE. Néanmoins, l'expression «lieu de constitution» est, dans l'article IV, paragraphe 1, la seule qui régit la détermination de la résidence d'une société aux États-Unis aux fins des conventions fiscales de ce pays.

C'est pour cette raison qu'il faut rejeter la conclusion rhétorique que le juge de première instance tire, à la p. 6310 («si les négociateurs de la Convention envisageaient d'exclure les sociétés étrangères situées aux États-Unis, comme Norsk, du statut de «résident d'un État contractant» (c'est-à-dire les États-Unis), pourquoi n'ont-ils tout simplement pas inscrit dans la Convention exactement ce qu'ils voulaient censément dire»). Les documents extrinsèques révèlent qu'il n'était tout simplement pas nécessaire de l'inscrire explicitement. Cette analyse aide également à réfuter un autre argument de l'intimée, suivant lequel, puisque les États-Unis ont choisi d'utiliser des termes plus restrictifs dans

65

66

its agreement with Canada was not to limit the benefit of the Convention solely to those liable to taxation on world-wide income.

67 In sum, the intentions of the drafters of the Convention and the other extrinsic materials demonstrate that Norsk is not a resident under the Convention.

VI. Conclusions and Disposition

68 My conclusions may be summarized as follows:

1. The basis of Norsk's liability for taxation in the United States emanates from the fact that it conducts a trade or business which is effectively connected with the United States and has income arising from that business which is also effectively connected with the United States. Although the fact that its "place of management" is located in the United States is one factor contributing to the finding that its trade or business is connected with the United States, it does not constitute the basis for Norsk's tax liability in the first place. A factual proposition which merely informs domestic tax liability cannot constitute a residency criterion under the Convention.
2. As such, the only way for Norsk to benefit from residency status under the Convention is if source taxation on a business effectively connected with the contracting party constitutes a criterion similar to the other enumerated criteria in Article IV (residence, place of management, place of incorporation, domicile). It is not similar, since all of the other criteria constitute grounds for taxation on world-wide income, not just source income.
3. The parties to the Convention intended only that persons who were resident in one of the contracting states and liable to tax in one of the contracting states on their "world-wide income" be considered "residents" for purposes of the Convention.

la définition de «résident» que l'on trouve dans les traités fiscaux qu'ils ont conclus avec d'autres nations, ils n'avaient pas l'intention, dans l'entente conclue avec le Canada, de restreindre le bénéfice de la Convention à ceux qui sont assujettis à l'impôt sur leurs revenus mondiaux.

Bref, l'intention des rédacteurs de la Convention et les autres documents extrinsèques démontrent que Norsk n'est pas un résident au sens de la Convention.

VI. Conclusions et dispositif

Mes conclusions peuvent se résumer ainsi:

1. L'assujettissement fiscal de Norsk aux États-Unis découle du fait qu'elle exploite une entreprise ou un commerce qui est effectivement relié aux États-Unis et en tire un revenu qui est également effectivement relié aux États-Unis. Bien que le fait que son «siège de direction» soit situé aux États-Unis permette de conclure que son entreprise ou son commerce est relié aux États-Unis, il ne constitue pas, au départ, le motif de l'assujettissement fiscal de Norsk. Une proposition factuelle qui ne fait que sous-tendre l'assujettissement à l'impôt national ne saurait constituer un critère de résidence sous le régime de la Convention.
2. Par conséquent, Norsk ne pourra bénéficier de la qualité de résident au sens de la Convention que si l'imposition, fondée sur la source, d'une entreprise effectivement reliée à la partie contractante constitue un critère analogue aux autres critères énumérés à l'article IV (résidence, siège de direction, lieu de constitution, domicile). Il n'est pas analogue puisque tous les autres critères constituent des motifs d'imposition de revenu mondial, et non seulement d'imposition fondée sur la source.
3. Les parties à la Convention voulaient seulement que les résidents de l'un des États contractants, qui, dans l'un des États contractants, sont assujettis à l'impôt sur leurs «revenus mondiaux», soient considérés comme des «résidents» aux fins de la Convention.

4. Norsk is thus not a "resident" of the United States for the purposes of Article IV of the *Canada-United States Income Tax Convention (1980)*.

As a result, the courts below erred in limiting Crown Forest's non-resident withholding tax to 10 percent instead of 25 percent. Consequently, I would allow the appeal with costs throughout, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal, and in substitution therefor restore the Minister's assessment of 25 percent withholding tax required of Crown Forest on rental payments to Norsk for the taxation years in question.

Appeal allowed.

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

Solicitors for the respondent: Thorsteinssons, Vancouver.

Solicitors for the intervener: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

4. Norsk n'est donc pas un «résident» des États-Unis aux fins de l'article IV de la *Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts (1980)*.

En conséquence, les tribunaux d'instance inférieure ont commis une erreur en fixant la retenue d'impôt de non-résident de Crown Forest à 10 pour 100 au lieu de 25 pour 100. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir la retenue d'impôt de 25 pour 100 fixée par le Ministre, que Crown Forest doit retenir sur les loyers versés à Norsk pour les années d'imposition en question.

Pourvoi accueilli.

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

Procureurs de l'intimée: Thorsteinssons, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Darryl Gordon Park *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PARK

File No.: 23876.

1994: December 7; 1995: June 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Sexual assault — Defence of honest but mistaken belief in consent — Trial judge refusing to put defence to jury — Accused's conviction overturned on appeal — Whether there was evidence to lend defence an "air of reality" — Nature and proper application of "air of reality" test — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 265(4).

The accused was charged with sexual assault. Two weeks before the incident, the complainant and the accused had dated for the first time. The accused testified that later, at her apartment, they became quite intimate, fondling one another's private parts and talking of sex and birth control, and that she masturbated him to ejaculation. She maintains that they only kissed and talked of birth control and about the fact that, as a born again Christian, she did not believe in premarital sex. On the day of the incident, the accused called the complainant early in the morning and she agreed that he could come over. He arrived shortly thereafter and she greeted him at the door with a kiss on the cheek, wearing only her bathrobe. The complainant claims that, a few minutes later, he drew her to him and pushed her onto the bed. She resisted actively but he was stronger. Feeling his weight atop her, she had a flashback to a previous traumatic experience and went into "shock". The next thing she remembered, he was pulling his penis out of her and ejaculating on her stomach. By contrast, the accused testified that she actively participated in the sexual activity and, when things began to get "hot", he prematurely ejaculated on her stomach. No intercourse took place. A medical report from the examination of the complainant indicated the presence of red-

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Darryl Gordon Park *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. PARK

N° du greffe: 23876.

1994: 7 décembre; 1995: 22 juin.

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

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

Droit criminel — Agression sexuelle — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Refus du juge du procès de soumettre le moyen de défense à l'appréciation du jury — Déclaration de culpabilité de l'accusé infirmée en appel — Y a-t-il une preuve qui confère une «vraisemblance» au moyen de défense? — Nature du test de la «vraisemblance» et façon dont il convient de l'appliquer — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(4).

L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle. Deux semaines avant l'incident, la plaignante et l'accusé avaient fait une sortie ensemble pour la première fois. L'accusé a témoigné que, plus tard, à l'appartement de la plaignante, ils ont eu des rapports assez intimes, qu'ils se sont caressés les parties génitales, qu'ils ont parlé de sexe et de contraception, et qu'elle l'a masturbé jusqu'à éjaculation. La plaignante soutient qu'ils n'ont fait que s'embrasser et parler de contraception et du fait qu'en tant que chrétienne régénérée elle ne croyait pas aux rapports sexuels avant le mariage. Le jour de l'incident, l'accusé a appelé la plaignante tôt le matin et elle a accepté qu'il aille faire un tour chez elle. Il est arrivé peu après et elle l'a accueilli à la porte, vêtue seulement d'un peignoir, en lui donnant un baiser sur la joue. La plaignante prétend que, quelques minutes plus tard, il l'a attirée à lui et l'a ensuite poussée sur le lit. Elle dit avoir résisté activement, mais qu'il était plus fort qu'elle. Quand elle a senti son poids sur elle, une expérience traumatisante qu'elle avait déjà vécue lui est revenue à la mémoire et elle est tombée dans un état de «choc». Ce dont elle se rappelle ensuite, c'est qu'après avoir retiré son pénis, l'accusé a éjaculé sur son ventre. L'accusé, par contre, a témoigné qu'elle avait participé activement aux actes sexuels et que, lorsque l'atmosphère a com-

ness on the inner labia which could be consistent with either consensual or non-consensual intercourse. At trial, the accused's defence was that the complainant consented to the sexual activity or, in the alternative, that he had an honest but mistaken belief that she was consenting. The trial judge refused to put the mistaken belief defence to the jury, finding there to be no air of reality to it, and concluding that the issue was simply one of "consent or no consent". The accused was convicted. On appeal, the majority of the Court of Appeal set aside the conviction and ordered a new trial, holding that the trial judge erred in not putting the mistaken belief defence to the jury.

Held: The appeal should be allowed and the conviction restored.

Per Lamer C.J. and La Forest, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: Subject to the following reservation, L'Heureux-Dubé J.'s reasons were agreed with. No comment should be made on the interaction of consent and mistake of fact in a sexual assault situation since it is not necessary to deal with these matters in deciding this appeal.

Per L'Heureux-Dubé J.: Before any defence can be left with a jury, it must have an "air of reality". The "air of reality" test is a legal threshold, not a factual one. The trial judge must determine if the evidence put forward is such that, if believed, a reasonable jury properly charged could have acquitted. He is not concerned with the weight of evidence or with assessments of credibility.

In sexual assault cases, where the accused asserts that the complainant actually consented, it is artificial to inquire further into whether he also expressed a belief that she was consenting. The absence or presence of an actual statement indicating a belief in consent is of no consequence in all but the most unusual of cases. Presuming that the accused is *de facto* asserting such a belief, the more fundamental question is whether that belief is an honest one, capable of supporting the defence of honest but mistaken belief in consent.

mencé à «se réchauffer», il a éjaculé prématurément sur le ventre de la plaignante. Il n'y a pas eu de rapports sexuels. Un rapport dressé à la suite de l'examen médical de la plaignante indiquait une rougeur aux petites lèvres qui pouvait résulter de relations sexuelles avec ou sans consentement. Au procès, l'accusé a soutenu, pour sa défense, que la plaignante avait consenti aux actes sexuels ou, subsidiairement, qu'il avait, sincèrement mais à tort, cru qu'elle consentait. Le juge du procès a refusé de soumettre au jury la défense de croyance erronée, concluant que ce moyen de défense n'avait aucune vraisemblance et qu'il s'agissait simplement d'une question de «consentement ou [d']absence de consentement». L'accusé a été reconnu coupable. En appel, la Cour d'appel à la majorité a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès, concluant que le juge du procès avait commis une erreur en ne soumettant pas la défense de croyance erronée à l'appréciation du jury.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et le verdict de culpabilité est rétabli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier, Cory et McLachlin: Les motifs du juge L'Heureux-Dubé sont acceptés sauf en ce qui concerne la réserve suivante. Aucun commentaire ne devrait être fait sur l'interaction du consentement et de l'erreur de fait dans le contexte de l'agression sexuelle, puisqu'il n'est pas nécessaire d'aborder ces questions pour trancher le présent pourvoi.

Le juge L'Heureux-Dubé: Pour qu'un moyen de défense soit soumis à l'appréciation d'un jury, il doit être «vraisemblable». Le test de la «vraisemblance» est une norme juridique et non pas factuelle. Le juge du procès doit déterminer si la preuve produite est susceptible, si elle est acceptée, de permettre à un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées de prononcer l'acquittement. Il ne s'intéresse pas à la force probante des éléments de preuve ni à des évaluations de crédibilité.

Dans le cas d'agressions sexuelles, lorsque l'accusé affirme que la plaignante était vraiment consentante, il est factice de s'enquérir plus avant s'il a aussi dit croire qu'elle était consentante. L'existence ou l'absence de déclaration spécifique faisant état d'une croyance au consentement ne porte à conséquence que dans les cas les plus inusités. Présument que l'accusé allègue effectivement une telle croyance, la question plus fondamentale est de savoir s'il est question d'une croyance sincère, susceptible de justifier la défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

Essentially, for there to be an “air of reality” to the defence of honest but mistaken belief in consent, the totality of the evidence for the accused must be reasonably and realistically capable of supporting that defence. Although there is not, strictly speaking, a requirement that the evidence be corroborated, that evidence must amount to something more than a bare assertion. There must be some support for it in the circumstances. The presence of “independent” evidence supporting the accused’s testimony will only have the effect of improving the chances of the defence. The judge’s role is limited to ascertaining whether the accused has discharged the evidentiary burden imposed by s. 265(4) of the *Criminal Code*.

What is relevant to a possible defence of honest but mistaken belief is the account of the events that took place at the time of the sexual assault, as well as any additional relevant and admissible information explaining why the accused might have honestly interpreted those events at that time to be consistent with consent. In certain cases, evidence of prior sexual activity between the two parties may be relevant in this respect. An honest belief that the complainant would consent is, by itself, not a defence to sexual assault where the accused is aware of, or wilfully blind or reckless as to, lack of consent at the time of the sexual activity. Only where an accused entertains an honest belief that the complainant actually does consent does this mistake render the sexual assault non-culpable. When the complainant and the accused give similar versions of the facts, and the only material contradiction is in their interpretation of what happened, then the defence of honest but mistaken belief in consent should generally be put to the jury, except in cases where the accused’s conduct demonstrates recklessness or wilful blindness to the absence of consent. When the complainant’s and the accused’s versions conflict materially or are diametrically opposed on this point, then the defence can be left with the jury if it is realistically possible for a properly instructed jury, acting judiciously, to splice some of each person’s evidence with respect to the encounter, and settle upon a reasonably coherent set of facts, supported by the evidence, that is capable of sustaining the defence of mistaken belief in consent. If the versions cannot realistically be spliced in such a manner, then the issue really is purely one of credibility — of consent or no consent — and the defence should not be put to the jury.

Essentiellement, pour que la défense de croyance sincère mais erronée au consentement soit «vraisemblable», il faut que l’ensemble de la preuve produite pour l’accusé soit, d’une manière raisonnable et réaliste, susceptible d’étayer ce moyen de défense. Bien qu’il n’y ait, à vrai dire, aucune exigence de corroboration de la preuve, celle-ci doit être plus qu’une simple assertion. Les circonstances doivent l’appuyer de quelque manière. L’existence d’une preuve «indépendante» appuyant le témoignage de l’accusé n’aura pour effet que d’améliorer les chances de la défense. Le rôle du juge ne consiste qu’à vérifier si l’accusé s’est acquitté du fardeau de preuve que lui impose le par. 265(4) du *Code criminel*.

Ce qui est pertinent relativement à une éventuelle défense de croyance sincère mais erronée est le récit des événements qui se sont déroulés lors de l’agression sexuelle, ainsi que toute autre information pertinente et admissible qui explique pourquoi l’accusé aurait pu sincèrement, à l’époque, interpréter ces événements comme traduisant un consentement. Dans certains cas, la preuve d’actes sexuels antérieurs entre les deux parties peut être pertinente à cet égard. La croyance sincère que la plaignante consentirait ne constitue pas en soi une défense en matière d’agression sexuelle lorsque, au moment des actes sexuels, l’accusé est au courant de l’absence de consentement, l’ignore volontairement ou ne s’en soucie pas. Ce n’est que si l’accusé croit sincèrement que la plaignante est effectivement consentante que l’erreur rend non coupable l’agression sexuelle. Lorsque la plaignante et l’accusé donnent une version semblable des faits et que la seule contradiction importante réside dans leur interprétation de ce qui est survenu, la défense de croyance sincère mais erronée au consentement devrait alors généralement être soumise à l’appréciation du jury, sauf dans les cas où la conduite de l’accusé montre qu’il a ignoré volontairement l’absence de consentement ou qu’il ne s’en est pas soucié. Lorsque le récit de la plaignante et celui de l’accusé sont sensiblement ou diamétralement opposés à cet égard, le moyen de défense peut alors être soumis au jury si un jury qui a reçu des directives appropriées et qui agit judicieusement peut, de façon réaliste, retenir une partie du témoignage de chacun des intéressés relativement à l’incident pour en arriver à un ensemble de faits, raisonnablement cohérent et appuyé par la preuve, qui soit susceptible de justifier la défense de croyance erronée au consentement. S’il n’est pas réaliste de combiner ainsi les récits, alors il s’agit vraiment d’une simple question de crédibilité — de consentement ou d’absence de consentement —, et le moyen de défense ne devrait pas être soumis à l’appréciation du jury.

There is no air of reality to a particular defence, and therefore no need to put it to the jury, where: (1) the totality of the evidence for the accused is incapable of amounting to the defence being sought; or (2) the totality of the evidence for the accused is clearly logically inconsistent with the totality of evidence which is not materially in dispute. These standards should be viewed realistically, and not evaluated according to purely speculative or hypothetical extremes. What is truly important to the "air of reality" test in respect of a particular defence is that the evidence said to provide some basis for the defence must actually relate to, and support, that particular defence. Evidence going to an ancillary issue or failing to address a clear and undisputed logical inconsistency in an accused's claim to the honest mistake defence will not, itself, be sufficient to lend that defence an air of reality.

The *actus reus* of sexual assault requires that the Crown demonstrate a touching of a sexual nature, combined with a lack of actual consent to that touching, while the *mens rea* is established by showing that the accused intended to touch the complainant in a manner that is sexual, and knew of, or was reckless or wilfully blind to, the fact that the complainant was not consenting to that touching. However, in reinforcing the view that sexual activity is consensual in the absence of communicated non-consent, the current common law approach to the *mens rea* of sexual assault may perpetuate social stereotypes that have historically victimized women and undermined their equal right to bodily integrity and human dignity. The primary concern animating and underlying the present offence of sexual assault is the belief that women have an inherent right to exercise full control over their own bodies, and to engage only in sexual activity that they wish to engage in. The criminal law must be responsive to women's realities, rather than a vehicle for the perpetuation of historic repression and disadvantage. The common law governing the *mens rea* of sexual assault should be approached having regard to s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and it should be accepted that the *mens rea* for sexual assault is also established by showing that the accused was aware of, or reckless or wilfully blind to, the fact that consent was not communicated. As a practical matter, therefore, the principal considerations that are relevant to this defence are (1) the complainant's actual communicative behaviour, and (2) the totality of the admissible and relevant

Un moyen de défense donné n'est pas vraisemblable et n'a donc pas à être soumis à l'appréciation du jury lorsque (1) l'ensemble de la preuve de l'accusé ne permet pas d'établir la défense invoquée, ou (2) l'ensemble de la preuve de l'accusé est manifestement et logiquement inconciliable avec l'ensemble de la preuve qui n'est pas sérieusement contestée. Ces normes devraient être considérées d'une manière réaliste et ne devraient pas être évaluées en fonction de situations extrêmes purement conjecturales ou hypothétiques. Ce qui est vraiment important, aux fins de l'application du test de la «vraisemblance» à un moyen de défense particulier, c'est que la preuve qui, dit-on, justifie dans une certaine mesure ce moyen de défense doit vraiment se rapporter à ce moyen de défense particulier et l'appuyer. La preuve qui concerne une question accessoire ou qui ne porte pas sur une contradiction manifeste et incontestée, du point de vue de la logique, que renferme la défense d'erreur honnête invoquée par l'accusé ne sera donc pas suffisante en soi pour rendre vraisemblable ce moyen de défense.

Pour établir l'*actus reus* de l'agression sexuelle, le ministère public doit faire la preuve d'attouchements de nature sexuelle et de l'absence de consentement réel à ces attouchements, alors que la preuve de la *mens rea* se fait en démontrant que l'accusé voulait se livrer à des attouchements sexuels sur la plaignante et qu'il savait que celle-ci ne consentait pas à ces attouchements, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié. Cependant, en renforçant le point de vue selon lequel, en l'absence d'une communication de non-consentement, il y a consentement à l'acte sexuel, la façon dont la common law aborde actuellement la *mens rea* de l'infraction d'agression sexuelle risque de perpétuer des stéréotypes sociaux qui, dans le passé, ont nui aux femmes et miné leur droit égal à l'intégrité physique et à la dignité de leur personne. À l'heure actuelle, l'infraction d'agression sexuelle procède surtout de la croyance que les femmes ont le droit inhérent d'exercer un contrôle complet sur leur corps, et de ne prendre part à des actes sexuels que si elles le désirent. Le droit criminel doit tenir compte des réalités que vivent les femmes, et ne pas servir à perpétuer la répression et les désavantages historiques. La common law qui régit la *mens rea* de l'agression sexuelle devrait être abordée à la lumière de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et on devrait accepter que la *mens rea* de l'agression sexuelle est également établie par la preuve que l'accusé savait qu'aucun consentement n'était exprimé, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié. En pratique, les principaux facteurs pertinents quant à ce moyen de défense sont donc (1) le comportement com-

evidence explaining how the accused perceived that behaviour to communicate consent. Everything else is ancillary. Although consent may exist in the mind of the woman without being communicated in any form, it cannot be accepted by a reasonable finder of fact as having been honestly perceived by the accused without first identifying the behaviour that led the accused ostensibly to believe that the complainant was consenting. If the accused is unable to point to evidence tending to show that the complainant's consent was communicated, then he risks a jury concluding that he was aware of, or reckless or wilfully blind to, the complainant's absence of consent.

The trial judge was correct in not putting the defence of mistake of fact to the jury. There was nothing in the totality of this evidence, coming from either the complainant or the accused, to lend any air of reality to the possibility that the accused may have held a mistaken belief as to her consent. Nor would it have been possible for a reasonable jury to splice together some of her evidence and some of his with respect to the encounter, and to settle upon a reasonably coherent set of facts that could support the defence of mistaken belief in consent. The dissimilarities between the alleged assault and the sexual activities that took place in the encounter two weeks earlier can only lead to the conclusion that the evidence of that encounter was neither relevant to, nor capable of supporting, an honest belief on the part of the accused that the complainant was consenting at the time of the assault. The factors listed by the Court of Appeal as lending an air of reality to that defence were all only capable, if anything, of supporting a belief on the part of the accused that the complainant would consent, not a belief that she did in fact consent. None of the factors relate in any realistic way to the events that actually took place at the time of the alleged sexual assault.

Per Sopinka J.: While many of L'Heureux-Dubé J.'s comments with respect to the defence of honest but mistaken belief in consent were agreed with, it is unnecessary and undesirable to attempt to define exhaustively the constituents of the defence in this case. It is a simpler task to delimit the absence of an air of reality than to define in law its constituent components. In this appeal, the appropriate question is whether there was some evidence that the accused honestly believed that the complainant consented to intercourse. The com-

municatif proprement dit de la plaignante et (2) l'ensemble des éléments de preuve admissibles et pertinents qui expliquent comment l'accusé a perçu ce comportement comme exprimant un consentement. Tout le reste est secondaire. Bien que le consentement puisse exister dans l'esprit d'une femme sans qu'il soit communiqué de quelque façon, un juge des faits raisonnable ne saurait accepter que ce consentement a été perçu sincèrement par l'accusé, sans d'abord cerner le comportement qui, en apparence, l'a amené à croire que la plaignante était consentante. Si l'accusé est incapable de produire un élément de preuve tendant à démontrer que la plaignante a communiqué son consentement, il court alors le risque qu'un jury conclue qu'il savait que la plaignante n'était pas consentante, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié.

Le juge du procès a eu raison de ne pas soumettre à l'appréciation du jury la défense d'erreur de fait. Rien dans l'ensemble de cette preuve, qu'il s'agisse du témoignage de la plaignante ou de celui de l'accusé, ne conférerait la moindre vraisemblance à la possibilité que l'accusé ait pu croire à tort que la plaignante était consentante. Un jury raisonnable n'aurait pas pu non plus combiner des éléments du témoignage de la plaignante et du témoignage de l'accusé concernant l'incident, de manière à constituer un ensemble relativement cohérent de faits susceptibles d'appuyer la défense de croyance erronée au consentement. Les différences entre la prétendue agression et les actes sexuels qui ont eu lieu lors de la rencontre survenue deux semaines auparavant ne peuvent que conduire à la conclusion que la preuve de cette rencontre n'était ni pertinente relativement à la croyance sincère, chez l'accusé, que la plaignante était consentante au moment de l'agression, ni susceptible de justifier cette croyance. Tous les facteurs énumérés par la Cour d'appel comme conférant une vraisemblance à ce moyen de défense n'étaient tout au plus susceptibles que d'étayer une croyance, chez l'accusé, que la plaignante consentirait, et non qu'elle a effectivement consenti. Aucun de ces facteurs ne se rapporte de façon réaliste à ce qui s'est effectivement produit lors de la prétendue agression sexuelle.

Le juge Sopinka: Bien qu'un bon nombre des commentaires du juge L'Heureux-Dubé relativement à la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement soient acceptés, il est inutile et peu souhaitable de tenter de déterminer exhaustivement les éléments constitutifs du moyen de défense invoqué en l'espèce. Il est plus simple de déterminer l'absence de vraisemblance que d'en définir en droit les éléments constitutifs. Dans le présent pourvoi, la question qu'il convient de se poser est de savoir s'il y avait une preuve que l'accusé a

plainant's evidence was of no assistance to the accused as he testified that no intercourse took place. This is inconsistent with a belief in consent to intercourse.

Per Cory, Iacobucci and Major JJ.: The trial judge did not err in withholding from the jury the defence of honest but mistaken belief in consent because he was entitled to conclude that there was, in all the circumstances of the case, no air of reality to the defence. In effect, the accused denied that any intercourse occurred but, alternately, argues that if it did occur, he thought there was consent. In these circumstances, it makes no sense to apply the air of reality defence to such an inconsistent position. As well, the trial judge committed no error in ruling that evidence of previous sexual activity was inadmissible.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *R. v. Reddick*, [1991] 1 S.C.R. 1086; *R. v. Guthrie* (1985), 20 C.C.C. (3d) 73; *R. v. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Livermore* (1994), 18 O.R. (3d) 221; *R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 3; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 265(1), (2), (4).

Authors Cited

Great Britain. Advisory Group on the Law of Rape.
Report of the Advisory Group on the Law of Rape.
London: HMSO, 1975.
Vandervort, Lucinda. "Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea" (1987-88), 2 *C.J.W.L.* 233.

cru sincèrement que la plaignante consentait aux relations sexuelles. Le témoignage de la plaignante n'est d'aucune utilité à l'accusé puisqu'il a témoigné qu'il n'y avait pas eu de relations sexuelles. Cela est inconciliable avec la croyance qu'il y avait consentement aux relations sexuelles.

Les juges Cory, Iacobucci et Major: Le juge du procès n'a commis aucune erreur en refusant de soumettre à l'appréciation du jury la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement puisque, compte de tenu de toutes les circonstances de l'affaire, il pouvait conclure que ce moyen de défense n'avait aucune vraisemblance. En effet, l'accusé a nié qu'il y avait eu des relations sexuelles, tout en faisant valoir subsidiairement que, s'il y en a eu, il a cru qu'elles étaient consensuelles. Dans ces circonstances, il n'est pas logique d'appliquer la défense de la vraisemblance à une position aussi incohérente. En outre, le juge du procès n'a commis aucune erreur en déclarant inadmissible la preuve d'actes sexuels antérieurs.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *R. c. Reddick*, [1991] 1 R.C.S. 1086; *R. c. Guthrie* (1985), 20 C.C.C. (3d) 73; *R. c. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Livermore* (1994), 18 O.R. (3d) 221; *R. c. M. (M.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 3; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(1), (2), (4).

Doctrine citée

Grande-Bretagne. Advisory Group on the Law of Rape.
Report of the Advisory Group on the Law of Rape.
London: HMSO, 1975.
Vandervort, Lucinda. «Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea» (1987-88), 2 *R.J.F.D.* 233.

Wiener, Robin D. "Shifting the Communication Burden: A Meaningful Consent Standard in Rape" (1983), 6 *Harv. Women's L.J.* 143.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1993), 145 A.R. 207, 55 W.A.C. 207, allowing the accused's appeal from his conviction by Waite J. on a charge of sexual assault, and directing a new trial. Appeal allowed and conviction restored.

Paul C. Bourque, for the appellant.

Alan S. Rudakoff, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Gonthier, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

1 LAMER C.J. — I have read the reasons for judgment written by my colleague Justice L'Heureux-Dubé and, for the reasons given by her, I agree that the Crown's appeal should be allowed and the conviction restored. I would like, however, to express one reservation.

2 My reservation concerns the "Mistake of Fact and Consent" section of the analysis by L'Heureux-Dubé J., which deals with the interaction of consent and mistake of fact in a sexual assault situation. I prefer to make no comment on this subject since it is not necessary to deal with these matters in deciding this appeal. As this Court did not have the benefit of any argument on the aspects discussed by my colleague in this section, I would prefer to reserve these matters for another time.

The following are the reasons delivered by

3 L'HEUREUX-DUBÉ J. — The respondent was charged with sexual assault as a result of events that took place at the complainant's home early in the morning of November 25, 1991. At trial, his defence was that the complainant consented to the sexual activities engaged in or that, in the alternative, he held an honest but mistaken belief that she

Wiener, Robin D. «Shifting the Communication Burden: A Meaningful Consent Standard in Rape» (1983), 6 *Harv. Women's L.J.* 143.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1993), 145 A.R. 207, 55 W.A.C. 207, qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité prononcée par le juge Waite relativement à une accusation d'agression sexuelle, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli et verdict de culpabilité rétabli.

Paul C. Bourque, pour l'appelante.

Alan S. Rudakoff, pour l'intimé.

Le jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Gonthier, Cory et McLachlin a été rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai lu les motifs de jugement rédigés par ma collègue le juge L'Heureux-Dubé et, pour les motifs qu'elle expose, je conviens que le pourvoi du ministère public doit être accueilli et le verdict de culpabilité rétabli. Je désire cependant apporter une réserve à mon appui.

Ma réserve concerne la partie «L'erreur de fait et le consentement» de l'analyse du juge L'Heureux-Dubé, qui traite de l'interaction du consentement et de l'erreur de fait dans le contexte de l'agression sexuelle. Je préfère ne faire aucun commentaire sur ce sujet puisqu'il n'est pas nécessaire d'aborder ces questions pour trancher le présent pourvoi. Comme nous n'avons pu bénéficier d'aucune argumentation sur les aspects abordés par ma collègue dans cette partie, je préférerais réserver ces questions pour une autre occasion.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — L'intimé a été accusé d'agression sexuelle à la suite d'événements survenus chez la plaignante tôt le matin du 25 novembre 1991. Au procès, il a allégué en défense que la plaignante avait consenti aux actes sexuels en question ou, subsidiairement, qu'il avait cru sincèrement mais à tort qu'elle y consentait. Le

consented to those activities. The trial judge concluded that the facts of the case did not lend the mistaken belief defence any "air of reality", and therefore declined to put it to the jury. The respondent was convicted. On appeal, his conviction was overturned and a new trial ordered. The Crown appeals to this Court as of right on the question of both the nature and the proper application of the "air of reality" test to the mistake of fact defence in the context of a sexual assault.

I. Relevant Statutory Provisions

At the time of the offence, the following were the relevant provisions of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46:

265. (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

...

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm and aggravated sexual assault.

...

(4) Where an accused alleges that he believed that the complainant consented to the conduct that is the subject-matter of the charge, a judge, if satisfied that there is sufficient evidence and that, if believed by the jury, the evidence would constitute a defence, shall instruct the jury, when reviewing all the evidence relating to the determination of the honesty of the accused's belief, to consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief. [Emphasis added.]

II. Facts and Judgments

In early November 1991, the complainant and the respondent met in a parking lot when the respondent helped her remove her car from an icy spot. He asked for her phone number. She agreed. Approximately one week later, on November 12,

juge du procès a conclu que les faits de l'affaire ne conféraient aucune «vraisemblance» à la défense de croyance erronée et il a donc refusé de la soumettre à l'appréciation du jury. L'intimé a été déclaré coupable. En appel, sa déclaration de culpabilité a été infirmée et un nouveau procès a été ordonné. Le ministère public se pourvoit de plein droit devant notre Cour sur la question tant de la nature du test de la «vraisemblance», que de la façon dont il convient de l'appliquer à la défense d'erreur de fait dans le contexte d'une agression sexuelle.

I. Les dispositions législatives pertinentes

Au moment de l'infraction, les dispositions pertinentes du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, étaient les suivantes:

265. (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, . . .

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

...

(2) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles, les agressions sexuelles armées, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles et les agressions sexuelles graves.

...

(4) Lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant avait consenti aux actes sur lesquels l'accusation est fondée, le juge, s'il est convaincu qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demande à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci. [Je souligne.]

II. Les faits et les jugements

Au début de novembre 1991, l'intimé a rencontré la plaignante dans un parc de stationnement, lorsqu'il l'a aidée à dégager sa voiture d'une plaque de glace. L'intimé lui a demandé son numéro de téléphone et elle le lui a donné. Environ

they went out on a date and subsequently returned to her place. He says that they became quite intimate, removed substantially all of their clothing, fondled one another's private parts, talked of sex and birth control, and that she masturbated him to ejaculation. She maintains that they only kissed, talked of birth control, and talked about the fact that, as a born again Christian, she did not believe in premarital sex. Nothing else happened and he left at around 9:45 p.m.

une semaine plus tard, soit le 12 novembre, ils ont fait une sortie ensemble, après quoi ils sont rentrés chez elle. L'intimé prétend qu'ils ont eu des rapports assez intimes, qu'ils se sont presque complètement dévêtus, qu'ils se sont caressés les parties génitales, qu'ils ont parlé de sexe et de contraception, et qu'elle l'a masturbé jusqu'à éjaculation. La plaignante soutient qu'ils n'ont fait que s'embrasser et parler de contraception et du fait qu'en tant que chrétienne régénérée elle ne croyait pas aux rapports sexuels avant le mariage. D'après elle, il ne s'est rien passé d'autre et l'intimé a quitté vers 21 h 45.

6 Thirteen days later, on November 25, the respondent, having driven all night from Winnipeg, called the complainant up at six in the morning from his cellular phone and asked if he could stop by. Although she had just gotten up for work, she assented since she thought he needed to talk. He arrived ten minutes later, having stopped to buy a condom at a nearby store. She greeted him at the door with a kiss on the cheek, clad only in her bathrobe. He entered and beckoned her to the couch and tried to kiss her. At this point, their stories diverge considerably.

Treize jours plus tard, soit le 25 novembre, après être parti de Winnipeg et avoir roulé pendant toute la nuit, l'intimé a appelé la plaignante à six heures du matin de son téléphone cellulaire. Il lui a alors demandé s'il pouvait aller faire un tour chez elle. Même si elle venait de se lever pour se rendre au travail, elle a accepté, croyant qu'il avait besoin de parler. Il est arrivé dix minutes plus tard après s'être acheté un condom à un magasin avoisinant. Elle l'a accueilli à la porte, vêtue seulement d'un peignoir, en lui donnant un baiser sur la joue. Il est entré, lui a fait signe de prendre place sur le sofa et a tenté de l'embrasser. À partir de là, leurs récits divergent considérablement.

7 According to her, she pulled away and, seeing the condom in his hand, asked if that was "why [he] came over here". Distracted, she went to her room to take her sleeping 2-year-old child off her bed and took her to another room to change the child's diapers. The respondent followed her. After she had finished, he beckoned the complainant into the bedroom. She followed, thinking that he wanted to "crash", since he had driven all night before arriving at her door. She began to look in her closet for clothes to wear to work when she turned around and saw that the respondent had taken his shirt off. She claims that he drew her to him and kissed her and then pushed her onto the bed. She resisted actively, both verbally and physically, but he was stronger. She described in considerable detail the assault. Feeling his weight atop her, she had a flashback to a previous traumatic experience and went into "shock". The next thing

D'après la plaignante, elle s'est dégagee et, apercevant le condom que l'intimé tenait à la main, lui a demandé si c'était là [TRADUCTION] «la raison de [sa] visite». Affolée, elle est allée dans sa chambre prendre sa petite fille de deux ans qui dormait dans son lit, et l'a emmenée dans une autre pièce afin de changer sa couche. L'intimé l'a suivie. Après qu'elle eut terminé, il lui a fait signe de venir dans la chambre à coucher. La plaignante l'a suivi, croyant qu'il voulait [TRADUCTION] «s'étendre», étant donné qu'il avait roulé pendant toute la nuit avant d'arriver chez elle. Elle s'est mise à chercher, dans le placard, des vêtements pour aller au travail, puis, se retournant, a constaté que l'intimé avait enlevé sa chemise. Elle prétend qu'il l'a attirée à lui, qu'il l'a embrassée et l'a ensuite poussée sur le lit. Elle dit avoir résisté activement, de façon tant verbale que physique, mais qu'il était plus fort qu'elle. La plaignante a fait une descrip-

she remembered, he was pulling his penis out of her and ejaculating on her stomach. She fled to the bathroom, needing to vomit. He dressed and kissed her goodbye on the cheek as he left. The complainant did not go to work that day, but instead went directly to see her counsellor, who testified to the fact of her emotionally agitated state on that particular day.

By contrast, the respondent claims that they sat on her couch and kissed, and that he then asked to use the washroom. The complainant then took her sleeping child back to the child's bedroom, and the two of them entered the complainant's bedroom where they lay on the bed and began to kiss. She actively participated in the sexual activity. Her only resistance was that, when he pulled out the condom, she said "no, not yet". He therefore put the condom aside on the pillow. In his words, things then began to get "hot" and he prematurely ejaculated on her stomach. No intercourse took place. They talked for a short period of time. She got up and went to the bathroom. He dressed, kissed her goodbye and left.

At trial, the respondent asserted that the complainant consented to the sexual activity or, in the alternative, that he had an honest but mistaken belief that she was consenting. Both the complainant and the respondent testified. A report from the medical examination of the complainant was admitted into evidence in an agreed-upon statement of facts. That report indicated no physical injury, but noted the presence of redness on the inner labia which could be consistent with either consensual or non-consensual intercourse. The trial judge refused to put the mistaken belief defence to the jury, finding there to be no air of

tion très détaillée de l'agression. Quand elle a senti son poids sur elle, une expérience traumatisante qu'elle avait déjà vécue lui est revenue à la mémoire et elle est tombée dans un état de «choc». Ce dont elle se rappelle ensuite, c'est qu'après avoir retiré son pénis, l'intimé a éjaculé sur son ventre. Prise d'une nausée, elle s'est enfuie dans la salle de bains. Quant à l'intimé, il s'est rhabillé et, en partant, l'a saluée en lui donnant un baiser sur la joue. La plaignante ne s'est pas présentée au travail ce jour-là, mais s'est plutôt rendue directement chez son conseiller qui a témoigné qu'elle était dans un état émotif agité ce jour-là.

L'intimé, par contre, prétend qu'il s'est assis avec la plaignante sur le sofa, qu'ils se sont embrassés et qu'il a ensuite demandé à aller à la salle de toilette. La plaignante a alors remmené, dans sa propre chambre, l'enfant qui dormait, puis ils sont entrés tous les deux dans la chambre à coucher de la plaignante, où ils se sont allongés sur le lit et ont commencé à s'embrasser. Elle a participé activement aux actes sexuels. La seule résistance qu'elle lui a opposée a consisté à dire [TRADUCTION] «non, pas encore», quand il a sorti le condom. Il a donc mis le condom de côté sur l'oreiller. L'atmosphère a alors commencé à [TRADUCTION] «se réchauffer», pour reprendre les termes de l'intimé, et il a éjaculé prématurément sur le ventre de la plaignante. Selon l'intimé, il n'y a pas eu de rapports sexuels. Ils se sont entretenus brièvement. La plaignante s'est ensuite levée et est allée dans la salle de bains. L'intimé, de son côté, s'est rhabillé, a salué la plaignante en l'embrassant et est parti.

Au procès, l'intimé a soutenu que la plaignante avait consenti aux actes sexuels ou, subsidiairement, qu'il avait, sincèrement mais à tort, cru qu'elle consentait. La plaignante et l'intimé ont tous deux témoigné. Un rapport dressé à la suite de l'examen médical de la plaignante a été admis en preuve dans un exposé conjoint des faits. Ce rapport ne faisait état d'aucune lésion corporelle, mais indiquait une rougeur aux petites lèvres qui pouvait résulter de relations sexuelles avec ou sans consentement. Le juge du procès a refusé de soumettre au jury la défense de croyance erronée car, d'après lui, ce moyen de défense n'avait aucune

reality to the defence, and concluding that the issue was simply one of "consent or no consent". Because of his ruling on the mistaken belief defence, he also instructed the jury to disregard all evidence of any sexual activity between the complainant and the respondent prior to the alleged incident, since it was not relevant to any other issue in the trial. The respondent was convicted.

¹⁰ McClung J.A., for the majority of the Alberta Court of Appeal (1993), 145 A.R. 207, 55 W.A.C. 207, held the trial judge's failure to put the mistaken belief defence to the jury to be in error. He enumerated certain independent facts that, in his view, lent an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent: the complainant's telephone overture to the respondent, the discussions of her use of birth control, and the fact that she met him with a kiss at 6:10 a.m. on November 25 wearing only her bathrobe. He also held the trial judge's instruction that the jury disregard the prior sexual activity to be in error, since it was relevant to the question of mistaken belief. McFadyen J.A. dissented on the basis that none of the factors pointed to by the majority lent any air of reality to the defence.

III. Analysis

¹¹ The common law has long recognized that a trial judge need not put to the jury defences for which there is no real factual basis or evidentiary foundation. Courts must filter out irrelevant or specious defences, since their primary effect would not be to advance the quest for truth in the trial, but rather to confuse finders of fact and divert their attention from factual determinations that are pertinent to the issue of innocence or guilt. Since this Court's judgment in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, the requirement that such a foundation exist for a defence before it is put to the jury has

vraisemblance. Il s'agissait simplement, a-t-il conclu, d'une question de [TRADUCTION] «consentement ou [d']absence de consentement». En raison de sa conclusion relative à la défense de croyance erronée, le juge du procès a également demandé au jury de faire abstraction de toute preuve d'actes sexuels entre la plaignante et l'intimé avant l'incident reproché, puisqu'elle n'était pertinente relativement à aucune autre question soulevée au procès. L'intimé a été reconnu coupable.

La juge McClung a conclu, au nom de la Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité, (1993), 145 A.R. 207, 55 W.A.C. 207, que le juge du procès avait commis une erreur en ne soumettant pas la défense de croyance erronée à l'appréciation du jury. Il a énuméré certains faits indépendants qui, selon lui, conféraient une vraisemblance à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement: le fait que la plaignante ait donné son numéro de téléphone à l'intimé, les discussions relatives à son utilisation de contraceptifs et le fait qu'elle l'ait accueilli en l'embrassant, vêtue seulement d'un peignoir, à 6 h 10, le 25 novembre. Le juge McClung a conclu, en outre, que le juge du procès avait commis une erreur en demandant au jury de ne pas tenir compte des actes sexuels antérieurs, étant donné qu'ils étaient pertinents relativement à la question de la croyance erronée. Le juge McFadyen a fait valoir, en dissidence, qu'aucun des facteurs soulignés par la cour à la majorité ne conférait de vraisemblance au moyen de défense invoqué.

III. Analyse

La common law reconnaît depuis longtemps qu'un juge du procès n'est pas tenu de soumettre à l'appréciation du jury des moyens de défense qui n'ont aucun fondement réel factuel ou probant. Il incombe aux tribunaux d'écarter tout moyen de défense non pertinent ou spécieux, puisqu'il aurait principalement pour effet non pas d'aider à découvrir la vérité lors du procès, mais bien de semer la confusion dans l'esprit du juge des faits et de détourner son attention de la détermination des faits pertinents quant à l'innocence ou à la culpabilité. Depuis l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, l'exigence qu'un moyen de défense

generally come to be known as the “air of reality” test.

In *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, Cory J. noted that this test applies uniformly to all defences, and that its application to the defence of mistaken belief in consent was only a subset of this broad principle. In *Osolin*, moreover, this Court concluded that the requirement in s. 265(4) of the *Criminal Code* that there be “sufficient evidence” in order for a judge to put the defence of mistake to the jury was essentially a codification of the common law “air of reality” test as it relates to the mistake of fact defence. Although, or perhaps because, several separate judgments were written in *Osolin* on the air of reality test, certain questions regarding that test appear to persist. In an effort to dispel any remaining confusion, it is appropriate to examine briefly the purpose of the “air of reality” threshold before turning to several aspects of its application: the significance of the absence or presence of an actual allegation by the accused of mistaken belief; the extent to which the accused’s version must be corroborated; and the effect on the trial if the accused and the complainant tell diametrically opposed stories. This discussion will be followed by observations that may assist trial judges in identifying circumstances in which there clearly is no air of reality to the honest mistake defence.

A. *The Nature and Purpose of the “Air of Reality” Threshold*

In *Pappajohn*, *supra*, at pp. 126-27, McIntyre J. explained the air of reality test in the following manner:

Before any obligation arises to put defences, there must be in the evidence some basis upon which the defence can rest and it is only where such an evidentiary basis is present that a trial judge must put a defence.

In *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782, he further elaborated upon this standard (at p. 790):

ait un tel fondement, sans quoi il ne sera pas soumis au jury, est généralement appelée le test de la «vraisemblance».

Dans l’arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, le juge Cory fait remarquer que ce test s’applique uniformément à tous les moyens de défense et que son application à la défense de croyance erronée au consentement n’est qu’un aspect de ce principe général. Notre Cour a conclu, en outre, dans l’arrêt *Osolin*, que l’exigence, au par. 265(4) du *Code criminel*, qu’il y ait «preuve suffisante» pour que le juge puisse soumettre la défense d’erreur à l’appréciation du jury, constituait essentiellement une codification du test de la «vraisemblance» reconnu en common law relativement à la défense d’erreur de fait. Même si, ou peut-être même à cause du fait que, dans l’arrêt *Osolin*, plusieurs juges ont rédigé des motifs distincts en ce qui concerne le test de la vraisemblance, certaines questions semblent encore se poser au sujet de ce test. Afin de dissiper toute confusion qui pourrait subsister, il convient d’examiner brièvement l’objet du test de la «vraisemblance» avant d’aborder divers aspects de son application, soit: l’importance que revêt l’existence ou l’absence d’allégation de croyance erronée par l’accusé, la mesure dans laquelle la version de l’accusé doit être corroborée, et l’incidence qu’a sur le procès le fait que les récits de l’accusé et du plaignant soient diamétralement opposés. Cette discussion sera suivie d’observations susceptibles d’aider les juges du procès à identifier les circonstances dans lesquelles la défense d’erreur honnête n’a manifestement aucune vraisemblance.

A. *La nature et l’objet du test de la «vraisemblance»*

Dans l’arrêt *Pappajohn*, précité, aux pp. 126 et 127, le juge McIntyre explique ainsi le test de la vraisemblance:

Pour qu’une obligation naisse à cet égard, la preuve doit contenir des éléments qui puissent appuyer le moyen de défense et ce n’est que dans ce cas que le juge doit le soumettre.

Dans l’arrêt *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, le juge McIntyre explicite cette norme (aux pp. 790 et 791):

12

13

There will not be an air of reality about a mere statement that "I thought she was consenting" not supported to some degree by other evidence or circumstances arising in the case. If that mere assertion were sufficient to require a trial judge to put the "mistake of fact" defence, it would be a simple matter in any rape case to make such an assertion and, regardless of all other circumstances, require the defence to be put. It must be remembered that at this stage of the proceedings the trial judge is not in any way concerned with the question of guilt or innocence. He is not concerned with the weight of evidence or with the credibility of evidence. The question he must answer is this. In all the circumstances of this case, is there any reality in the defence? To answer this question he must consider all the evidence, all the circumstances. [Emphasis added.]

The requirement that the trial judge not enter into assessments of credibility or weighing of evidence is an important factor in the application of this test. The test is the means by which a judge demarcates the limits of the jury's fact-finding responsibilities. A jury must not be invited to speculate on issues that are not realistically before it:

The term "air of reality" simply means that the trial judge must determine if the evidence put forward is such that, if believed, a reasonable jury properly charged could have acquitted. If the evidence meets that test then the defence must be put to the jury. This is no more than an example of the basic division of tasks between judge and jury. [Emphasis added.]

(*Osolin, supra*, at p. 682, per Cory J.)

This underlying rationale must be kept first and foremost in the minds of trial judges as they seek to apply the "air of reality" test. It is a legal threshold, not a factual one. It is an error of law for a judge not to put a defence to the jury where an air of reality to that defence exists and it is an error of law to put a defence to a jury where no such air of reality exists. This line can sometimes be a fine one, however, for although we urge trial judges not to descend into the arena of facts, we nonetheless require that they consider nothing less than the "totality of the circumstances" in deciding whether an air of reality exists to found a particular

Il n'y aura pas d'apparence de vraisemblance à la simple affirmation «je croyais qu'elle consentait» sans que ce ne soit appuyé dans une certaine mesure par d'autres éléments de preuve ou circonstances de l'affaire. Si cette simple affirmation était suffisante pour obliger le juge du procès à présenter le moyen de défense «d'erreur de fait», il suffirait dans toute affaire de viol de faire une telle déclaration et, peu importe les autres circonstances, exiger que le moyen de défense soit soumis au jury. Il faut se souvenir que, à ce stade des procédures, le juge du procès n'examine aucunement la question de la culpabilité ou de l'innocence. Il ne s'intéresse pas à la force probante des éléments de preuve ou à la crédibilité des témoignages. La question à laquelle il doit répondre est la suivante. Vu toutes les circonstances de l'espèce, le moyen de défense paraît-il vraisemblable? Pour répondre à cette question, il doit examiner tous les éléments de preuve, toutes les circonstances. [Je souligne.]

Le fait que le juge du procès n'ait pas à évaluer la crédibilité ni à apprécier la preuve est un facteur important dans l'application de ce test. Ce test est le moyen dont dispose le juge pour délimiter la responsabilité du jury dans la détermination des faits. Il ne faut pas inviter le jury à conjecturer sur des questions dont il n'est pas saisi d'une manière réaliste:

L'expression «vraisemblance» signifie simplement que le juge du procès doit déterminer si la preuve produite est susceptible, si elle était acceptée, de permettre à un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées de prononcer l'acquittement. Si la preuve satisfait à ce critère, la défense doit être soumise au jury. Il ne s'agit en fait que d'un exemple de la division fondamentale des tâches respectives du juge et du jury. [Je souligne.]

(*Osolin*, précité, à la p. 682, le juge Cory.)

C'est cette raison d'être sous-jacente que les juges du procès doivent d'abord et avant tout avoir à l'esprit lorsqu'ils cherchent à appliquer le test de la «vraisemblance». Il s'agit d'une norme juridique et non pas factuelle. Commet donc une erreur de droit le juge qui ne soumet pas un moyen de défense à l'appréciation du jury dans un cas où celui-ci est vraisemblable, ou qui soumet à son appréciation un moyen de défense qui ne l'est pas. Cependant, la nuance entre les deux peut parfois être ténue, car, bien que nous exhortions les juges du procès à ne pas descendre dans l'arène des faits, nous exigeons néanmoins qu'ils ne tiennent

defence. These seemingly conflicting requirements can invite analysis that is at best imprecise and at worst reflective of little more than a judicial "gut feeling". Although this matter will be revisited shortly, it is first important to clear up several misconceptions about the application of the "air of reality" test.

B. Application of the "Air of Reality" Threshold

1. Assertion of an Honest Belief in Consent

Some have interpreted this Court's past jurisprudence as suggesting that an accused must actually allege a "belief" in consent, as opposed to asserting the presence of consent itself, in order for there to be a basis for the honest but mistaken belief defence. Both parties to the present appeal, in fact, devote significant argument to the question of whether the accused actually asserted such a belief or whether his failure to assert it precludes him from claiming that defence. Frankly, they are chasing a red herring.

The defence of mistake of fact was described in *Pappajohn, supra*, at p. 148, by Dickson J. (dissenting in the result):

Mistake is a defence . . . where it prevents an accused from having the *mens rea* which the law requires for the very crime with which he is charged. Mistake of fact is more accurately seen as a negation of guilty intention than as the affirmation of a positive defence. It avails an accused who acts innocently, pursuant to a flawed perception of the facts, and nonetheless commits the *actus reus* of an offence. Mistake is a defence though, in the sense that it is raised as an issue by an accused. The Crown is rarely possessed of knowledge of the subjective factors which may have caused an accused to entertain a belief in a fallacious set of facts. [Emphasis added.]

Thus, for instance, if a hunter shoots what he believes to be a deer and subsequently discovers that he has shot a man, then he will likely rely on

compte de rien de moins que de l'«ensemble des circonstances» pour décider s'il existe quelque vraisemblance qui justifie un moyen de défense donné. Ces exigences, apparemment contradictoires, peuvent inciter à une analyse au mieux imprécise et, au pis, ne traduisant rien de plus qu'une «réaction instinctive» du juge. C'est là un point sur lequel je reviendrai plus loin, car il importe d'abord d'écartier certaines conceptions erronées concernant l'application du test de la «vraisemblance».

B. L'application du test de la «vraisemblance»

1. L'allégation de la croyance sincère au consentement

D'aucuns ont interprété la jurisprudence antérieure de notre Cour comme laissant entendre que, pour justifier une croyance sincère mais erronée, l'accusé doit alléguer spécifiquement une «croyance» au consentement par opposition à l'existence du consentement lui-même. En fait, les deux parties dans ce pourvoi ont consacré une bonne partie de leur argumentation à la question de savoir si l'accusé a spécifiquement allégué une telle croyance ou si son omission de le faire le prive de la possibilité d'invoquer ce moyen de défense. Franchement, là n'est pas la question.

Le juge Dickson (dissident quant au résultat) décrit ainsi la défense d'erreur de fait dans l'affaire *Pappajohn*, précitée, à la p. 148:

L'erreur constitue [. . .] un moyen de défense lorsqu'elle empêche un accusé de former la *mens rea* exigée en droit pour l'infraction même dont on l'accuse. L'erreur de fait est plus justement décrite comme une négation d'intention coupable que comme un moyen de défense positif. Un accusé peut l'invoquer lorsqu'il agit innocemment, par suite d'une perception viciée des faits, et qu'il commet néanmoins l'*actus reus* d'une infraction. L'erreur constitue cependant un moyen de défense, en ce sens que c'est l'accusé qui le soulève. Le ministère public connaît rarement les facteurs subjectifs qui ont pu amener un accusé à croire à l'existence de faits erronés. [Je souligne.]

Ainsi, par exemple, si un chasseur abat ce qu'il croit être un chevreuil et qu'il découvre par la suite qu'il a atteint une personne, il invoquera alors

14

15

the defence of mistake of fact to claim that he has acted innocently as a result of a mistaken perception. In the vast majority of cases, one might seriously doubt that there is an air of reality to the defence of mistake of fact if the accused fails even to assert any belief that the man was a deer. In such circumstances, the mistake of fact defence, for all intents and purposes, generally requires the accused to assert a belief or misperception relating to an essential element of the *actus reus*, the existence of which is generally not otherwise in dispute, in order to imbue that defence with an air of reality.

vraisemblablement la défense d'erreur de fait en soutenant qu'il a agi innocemment sous le coup d'une perception erronée. Dans la vaste majorité des cas, on pourrait douter sérieusement de la vraisemblance de la défense d'erreur de fait si l'accusé ne prétendait même pas avoir cru que la personne abattue était un chevreuil. Dans de telles circonstances, la défense d'erreur de fait requiert généralement, à toutes fins pratiques, que l'accusé allègue une croyance ou une perception erronée concernant un élément essentiel de l'*actus reus*, dont l'existence n'est généralement pas contestée par ailleurs, afin de conférer une vraisemblance à ce moyen de défense.

16

Transferring this practical consequence to the context of sexual assault is more problematic, however. In the context of sexual assault, proof of the *actus reus* includes proof of the fact that the complainant was not, in fact, consenting. By the very nature of sexual assault, however, the issue of actual consent is almost always materially in dispute. For the accused to assert a belief which he acknowledges to be mistaken (i.e., a misperception), he would essentially have to assert a belief that implicitly concedes the *actus reus* of the offence — i.e., the non-consent. It is inappropriate to suggest that an accused should have to assist the Crown in proving the *actus reus* of the offence, by admitting that “perhaps he was mistaken about her consent”, in order to rely on the mistaken belief defence. Given that consent is, itself, a mental state experienced only by the complainant, an accused's assertion that the complainant consented must mean that he in fact believed she was consenting (see Lamer J., concurring, in *Bulmer, supra*, at p. 799). The distinction between asserting a belief in consent and asserting consent, itself, is therefore both artificial and potentially misleading. Assault differs importantly from most other *Code* offences in its interaction with the mistake of fact defence. Under most other offences, mistake of fact will primarily arise in contexts in which the *actus reus* of the offence is beyond dispute. Assaults raise a unique problem in that the mental state of another person (i.e., consent or lack thereof) is an essential element that is relevant to both the *actus reus* and

Transposer cette conséquence pratique dans le contexte d'une agression sexuelle se révèle toutefois plus problématique. En matière d'agression sexuelle, la preuve de l'*actus reus* comporte la preuve du fait que la plaignante n'était pas consentante en réalité. Cependant, en raison de la nature même de l'agression sexuelle, la question du consentement réel est presque toujours l'objet d'un débat important. Pour que l'accusé puisse alléguer une croyance qu'il reconnaît comme étant erronée (c.-à-d. une perception erronée), il lui faudrait essentiellement alléguer une croyance qui concède implicitement l'existence de l'*actus reus* de l'infraction — c.-à-d. l'absence de consentement. Il n'est pas approprié de suggérer que l'accusé devrait être tenu d'aider le ministère public à faire la preuve de l'*actus reus* de l'infraction, en reconnaissant qu'«il s'est peut-être trompé au sujet du consentement de la victime», pour qu'il lui soit possible d'invoquer la défense de croyance erronée. Comme le consentement constitue lui-même un état d'esprit qui n'existe que chez la plaignante, l'affirmation de l'accusé selon laquelle cette dernière était consentante doit signifier qu'il croyait en fait qu'elle était consentante (voir l'opinion concordante du juge Lamer dans l'arrêt *Bulmer*, précité, à la p. 799). La distinction entre l'allégation d'une croyance au consentement et celle de l'existence du consentement lui-même est donc à la fois artificielle et susceptible d'induire en erreur. Il existe, dans son interaction avec la défense d'erreur de fait, une différence importante entre une

the *mens rea* of the offence — an element which almost invariably is materially in dispute.

McIntyre J. made it clear in *Bulmer, supra*, at pp. 790-91, that the absence or presence of an actual statement by the accused alleging mistaken belief is of limited significance to the determination of whether or not there exists any air of reality to that defence:

The question he must answer is this. In all the circumstances of this case, is there any reality in the defence? To answer this question, he must consider all the evidence, all the circumstances. The statement of the accused alleging a mistaken belief will be a factor but will not by itself be decisive, and even in its total absence, other circumstances might dictate the putting of the defence. [Emphasis added.]

I must respectfully go even further. Where the accused asserts that the complainant actually consented, then it is artificial to inquire further into whether he also expressed a belief that she was consenting. The absence or presence of an actual statement indicating a belief in consent is of no consequence in all but the most unusual of cases. Presuming that the accused is *de facto* asserting such a belief, the more fundamental question is whether that belief is an honest belief, capable of supporting the defence of honest but mistaken belief in consent (see *Osolin, supra*, at p. 649, *per* McLachlin J.). It is to this question that we must now turn.

2. The “Corroboration” Requirement

Independent corroboration implies objectivity and reliability. Where there is “independent” evi-

agression sexuelle et la plupart des autres infractions prévues au *Code*. Dans ce dernier cas, l'erreur de fait se présentera surtout dans des contextes où l'*actus reus* de l'infraction est incontestable. Les agressions sexuelles, par contre, posent un problème particulier en ce sens que l'état d'esprit d'une autre personne (c.-à-d. le consentement ou l'absence de consentement) constitue un élément essentiel qui est pertinent à l'égard à la fois de l'*actus reus* et de la *mens rea* de l'infraction, un élément qui, presque invariablement, fait l'objet d'un débat important.

Le juge McIntyre a explicité, aux pp. 790 et 791 de l'arrêt *Bulmer*, précité, que l'existence ou l'absence d'allégation précise de croyance erronée, par l'accusé, ne revêt qu'une importance limitée pour ce qui est de déterminer si ce moyen de défense est vraisemblable:

La question à laquelle il doit répondre est la suivante. Vu toutes les circonstances de l'espèce, le moyen de défense paraît-il vraisemblable? Pour répondre à cette question, il doit examiner tous les éléments de preuve, toutes les circonstances. La déclaration de l'accusé alléguant une croyance erronée constituera un facteur mais ne sera pas en elle-même décisive et, même en l'absence de cette déclaration, d'autres circonstances pourraient commander la présentation de la défense. [Je souligne.]

Je dois, en toute déférence, aller encore plus loin. Lorsque l'accusé affirme que la plaignante était vraiment consentante, il est alors factice de s'enquérir plus avant s'il a aussi dit croire qu'elle était consentante. L'existence ou l'absence de déclaration spécifique faisant état d'une croyance au consentement ne porte à conséquence que dans les cas les plus inusités. Présument que l'accusé allègue effectivement une telle croyance, la question plus fondamentale est de savoir s'il est question d'une croyance sincère, susceptible de justifier la défense de croyance sincère mais erronée au consentement (voir l'arrêt *Osolin*, précité, à la p. 649, le juge McLachlin). C'est cette question qu'il nous faut maintenant examiner.

2. L'exigence de «corroboration»

La corroboration indépendante implique objectivité et fiabilité. Lorsqu'il existe une preuve «indé-

17

18

dence, particularly real evidence, corroborating an accused's testimony with respect to a particular defence, then a court can generally conclude that, as a matter of law, there is an "air of reality" to that defence. As a purely practical matter, courts have a more difficult time in deciding what to do in circumstances where there is an absence of "independent" corroborative evidence. Sexual assault, by virtue of the fact that it is often not witnessed by anyone other than the complainant and the accused and by virtue of the fact that it does not require proof of visible physical injury to the complainant, raises special problems in this respect.

19 In *Pappajohn, supra*, at p. 133, McIntyre J. made the following observation about the circumstances in which an "air of reality" would exist for the defence of mistaken belief of consent:

To require the putting of the alternative defence of mistaken belief in consent, there must be, in my opinion, some evidence beyond the mere assertion of belief in consent by counsel for the appellant. This evidence must appear from or be supported by sources other than the appellant in order to give it any air of reality. [Emphasis added.]

He subsequently explained what he had meant by this statement, in *Bulmer, supra*, at p. 790:

These words appear, on occasion, to have been misunderstood, but I do not withdraw them. There will not be an air of reality about a mere statement that "I thought she was consenting" not supported to some degree by other evidence or circumstances arising in the case The question [the trial judge] must answer is this. In all the circumstances of this case, is there any reality in the defence? To answer this question, he must consider all the evidence, all the circumstances.

More recently in *Osolin, supra*, at pp. 686-87, Cory J. reiterated this point:

There is no requirement that there be evidence independent of the accused in order to have the defence put to the jury. However, the mere assertion by the accused that "I believed she was consenting" will not be suffi-

pendante», surtout matérielle, qui corrobore le témoignage d'un accusé relativement à un moyen de défense donné, le tribunal peut alors généralement conclure que, du point de vue juridique, ce moyen de défense est «vraisemblable». Sur le plan purement pratique, il est plus difficile aux tribunaux de décider quoi faire dans une situation où il y a absence de preuve corroborante «indépendante». L'agression sexuelle pose des problèmes particuliers à cet égard, du fait qu'il n'y a souvent pas d'autres témoins que la plaignante et l'accusé et du fait qu'elle n'exige pas la preuve que la plaignante a subi des lésions corporelles visibles.

Dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, à la p. 133, le juge McIntyre formule l'observation suivante au sujet des circonstances dans lesquelles la défense de croyance erronée au consentement serait «vraisemblable»:

Pour exiger que soit soumis le moyen de défense subsidiaire de croyance erronée au consentement, il faut, à mon avis, d'autres preuves que la simple affirmation par l'appelant d'une croyance au consentement. Cette preuve doit ressortir d'autres sources que l'appelant, ou s'y appuyer, pour lui donner une apparence de vraisemblance. [Je souligne.]

Par la suite, dans l'arrêt *Bulmer*, précité, aux pp. 790 et 791, le juge McIntyre explique ce qu'il entendait par là:

Ces termes paraissent, à l'occasion, avoir été mal interprétés, mais je ne me rétracte pas. Il n'y aura pas d'apparence de vraisemblance à la simple affirmation «je croyais qu'elle consentait» sans que ce ne soit appuyé dans une certaine mesure par d'autres éléments de preuve ou circonstances de l'affaire. [. . .] La question à laquelle [le juge du procès] doit répondre est la suivante. Vu toutes les circonstances de l'espèce, le moyen de défense paraît-il vraisemblable? Pour répondre à cette question, il doit examiner tous les éléments de preuve, toutes les circonstances.

Plus récemment, dans l'arrêt *Osolin*, précité, aux pp. 686 et 687, le juge Cory réitère ce point de vue:

Il n'est pas nécessaire qu'il y ait une preuve indépendante de l'accusé pour que ce moyen de défense soit soumis au jury. Toutefois, il ne suffit pas que l'accusé affirme simplement «je croyais qu'elle consentait». Il

cient. What is required is that the defence of mistaken belief be supported by evidence beyond the mere assertion of a mistaken belief

. . . The requisite evidence may come from the detailed testimony of the accused alone, on this issue or from the testimony of the accused coupled with evidence from other sources. For example, the complainant's testimony may supply the requisite evidence. [Emphasis added.]

McLachlin J.'s remarks in *Osolin* on this issue (at pp. 649-50) are equally apposite:

. . . the accused's mere assertion of his belief is not evidence of its honesty. The requirement that the belief be honestly held is not equivalent to an objective test of what the reasonable person would have believed. But nevertheless it does require some support arising from the circumstances. A belief which is totally unsupported is not an honestly held belief. A person who honestly believes something is a person who has looked at the circumstances and has drawn an honest inference from them. Therefore, for a belief to be honest, there must be some support for it in the circumstances A person who commits a sexual assault without some support in the circumstances for inferring the consent of the complainant has, at very least, been wilfully blind as to consent. [Emphasis added.]

Sopinka J. preferred, at pp. 654-55, to characterize the "air of reality" test more simply, as an ordinary evidentiary burden on an accused to adduce sufficient evidence to justify a defence being put to a jury. In many ways, he is correct. I think, however, that the unique social and legal context of sexual assault, including the uncommon frequency with which the mistake of fact defence is raised, make it necessary for this Court to elaborate somewhat on that standard.

Essentially, for there to be an "air of reality" to the defence of honest but mistaken belief in consent, the totality of the evidence for the accused must be reasonably and realistically capable of supporting that defence. Although there is not, strictly speaking, a requirement that the evidence be corroborated, that evidence must amount to something more than a bare assertion. There must be some support for it in the circumstances. The

faut que la défense de la croyance erronée soit étayée par une preuve qui va plus loin que la seule affirmation en ce sens. . .

. . . La preuve nécessaire peut provenir du seul témoignage détaillé de l'accusé sur cette question ou de son témoignage corroboré par celui d'autres sources. Par exemple, le témoignage du plaignant peut fournir les éléments de preuve nécessaires. [Je souligne.]

Les remarques que le juge McLachlin fait à ce sujet, dans l'arrêt *Osolin* (aux pp. 649 et 650), sont tout aussi pertinentes:

. . . le simple fait d'affirmer sa croyance ne constitue pas la preuve de sa sincérité. L'exigence d'une croyance sincère n'équivaut pas au critère objectif de la croyance raisonnable, mais elle exige néanmoins un certain appui dans les circonstances. Une croyance totalement non fondée n'est pas une croyance sincère. Celui qui croit sincèrement à un état de fait est celui qui a examiné les circonstances et qui en a tiré une inférence honnête. Pour être sincère, la croyance doit donc découler dans une certaine mesure des circonstances. [. . .] La personne qui commet une agression sexuelle en l'absence de circonstances permettant d'inférer le consentement du plaignant a, à tout le moins, fait preuve d'ignorance volontaire quant au consentement. [Je souligne.]

Aux pages 654 et 655, le juge Sopinka préfère caractériser plus simplement le critère de la «vraisemblance», en disant qu'il s'agit de l'obligation qu'a ordinairement l'accusé de produire une preuve suffisante pour soumettre un moyen de défense donné à l'appréciation d'un jury. À bien des égards, le juge Sopinka a raison. Je crois, cependant, que le contexte sociojuridique particulier de l'agression sexuelle, y compris la fréquence inhabituelle du recours à la défense d'erreur de fait, oblige notre Cour, à apporter quelques précisions sur cette norme.

Essentiellement, pour que la défense de croyance sincère mais erronée au consentement soit «vraisemblable», il faut que l'ensemble de la preuve produite pour l'accusé soit, d'une manière raisonnable et réaliste, susceptible d'étayer ce moyen de défense. Bien qu'il n'y ait, à vrai dire, aucune exigence de corroboration de la preuve, celle-ci doit être plus qu'une simple assertion. Les circonstances doivent l'appuyer de quelque

search for support in the whole body of evidence or circumstances can complement any insufficiency in legal terms of the accused's testimony. The presence of "independent" evidence supporting the accused's testimony will only have the effect of improving the chances of the defence. The judge's role is limited to ascertaining whether the accused has discharged the evidentiary burden imposed by s. 265(4) of the *Code*.

21 As a corollary, in the absence of some other evidence supporting such a defence, it is difficult to imagine situations in which there will be sufficient evidence to put the defence of mistaken belief to the jury where an accused does not testify (see *R. v. Reddick*, [1991] 1 S.C.R. 1086). Finally, for practical and policy reasons which shall be discussed below, courts must be wary of being too ready to put the mistaken belief defence to the jury. We must recall that it is the rare exception rather than the general rule that a sexual assault will have been committed by accident. As McLachlin J. observed in *Osolin*, *supra*, at p. 648, the defence of mistake of fact has only really received special attention in the context of sexual assault trials because of the frequency with which that defence is asserted without evidentiary foundation.

3. Diametrically Opposed Stories

22 It is true that in cases where the defence of honest but mistaken belief is not put to the jury, there is often a considerable divergence between the evidence of the accused and that of the complainant (*Pappajohn*, *supra*; *R. v. Guthrie* (1985), 20 C.C.C. (3d) 73 (Ont. C.A.); *R. v. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1 (B.C.C.A.); *R. v. Osolin*, *supra*; and *R. v. Livermore* (1994), 18 O.R. (3d) 221 (C.A.)). The significance of diametrically opposing stories is often misunderstood in two respects, however.

23 First, it is important to recall that the two individuals' stories are only relevant to guilt or innocence of sexual assault in so far as they relate in some way to the circumstances affecting the par-

manière. La recherche d'un appui dans l'ensemble de la preuve ou des circonstances peut, sur le plan juridique, suppléer à toute carence du témoignage de l'accusé. L'existence d'une preuve «indépendante» appuyant le témoignage de l'accusé n'aura pour effet que d'améliorer les chances de la défense. Le rôle du juge ne consiste qu'à vérifier si l'accusé s'est acquitté du fardeau de preuve que lui impose le par. 265(4) du *Code*.

À titre de corollaire, en l'absence de quelque autre élément de preuve étayant un tel moyen de défense, on peut difficilement concevoir des cas où il existera une preuve suffisante pour que la défense de croyance erronée puisse être soumise à l'appréciation du jury dans le cas où l'accusé ne témoigne pas (voir *R. c. Reddick*, [1991] 1 R.C.S. 1086). Enfin, pour des raisons pratiques et de principe dont il sera question plus loin, les tribunaux doivent veiller à ne pas se montrer trop empressés de soumettre à l'appréciation du jury la défense de croyance erronée. Il faut se rappeler que les agressions sexuelles commises accidentellement sont l'exception et non la règle. Comme le fait remarquer le juge McLachlin dans l'arrêt *Osolin*, précité, à la p. 648, si la défense d'erreur de fait n'a vraiment suscité une attention particulière que dans le contexte des procès pour agression sexuelle, cela est dû au fait qu'elle y est fréquemment invoquée sans qu'elle soit fondée sur la preuve.

3. Les récits diamétralement opposés

Il est vrai que, dans les cas où la défense de croyance sincère mais erronée n'est pas soumise à l'appréciation du jury, il y a souvent une divergence considérable entre la preuve de l'accusé et celle de la plaignante (*Pappajohn*, précité; *R. c. Guthrie* (1985), 20 C.C.C. (3d) 73 (C.A. Ont.); *R. c. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1 (C.A.C.-B.); *R. c. Osolin*, précité; et *R. c. Livermore* (1994), 18 O.R. (3d) 221 (C.A.)). Toutefois, la signification de récits diamétralement opposés est souvent mal comprise à deux égards.

Premièrement, il importe de rappeler que les récits des deux personnes en question ne sont pertinents, relativement à la culpabilité ou à l'innocence en matière d'agression sexuelle, que dans la

ties at the time of the alleged assault. Beyond evidence such as the location and time of the alleged assault and the conduct of the two parties at that time, this includes relevant and admissible background facts which explain how the accused could have honestly interpreted the complainant's conduct at the time of the alleged assault to mean that she was consenting. For instance, this Court has recognized that passivity may express lack of consent (*R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 3). Taken together with passive behaviour by the complainant, earlier acts, gestures or incidents may in certain cases colour the accused's perception of the complainant's behaviour, and serve as relevant evidence in assessing the existence or air of reality of an honest but mistaken belief in actual consent. Those acts and gestures may form part of a broader context or continuum which is necessary to understand the accused's honest perception of the complainant's behaviour at the time of the alleged assault.

At the same time, it must always be remembered that consent, even if given at one point, may be withdrawn at any time. Consequently, it can be dangerous to assume that evidence capable of founding an honest belief on the part of the accused that the complainant would consent to sexual activity is informative of the real question at issue, which is whether the accused believed that the complainant in fact consented to that activity. An honest belief that the complainant would consent is not a defence to sexual assault where the accused is aware of, or wilfully blind or reckless as to, lack of consent at the time of the sexual activity. Only where an accused entertains an honest belief that the complainant actually does consent does this mistake render the sexual assault non-culpable. Absent some realistic showing of how earlier events could have influenced the accused's honest perceptions of the complainant's behaviour at the time of the actual assault, such evidence will

mesure où ils se rapportent de quelque manière aux circonstances qui les affectent au moment de la prétendue agression. Outre les éléments de preuve comme le lieu et l'heure de la prétendue agression, de même que la conduite des deux parties à ce moment-là, ces circonstances comprennent les faits pertinents et admissibles qui expliquent comment l'accusé a pu sincèrement considérer que la conduite de la plaignante, lors de la prétendue agression, laissait croire qu'elle était consentante. Par exemple, notre Cour a reconnu que la passivité peut indiquer une absence de consentement (*R. c. M. (M.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 3). Conjugués à la passivité de la plaignante, des actes antérieurs, des gestes ou incidents peuvent, dans certains cas, fausser la perception qu'a l'accusé du comportement de la plaignante, et constituer des éléments de preuve pertinents pour établir l'existence ou la vraisemblance d'une croyance sincère mais erronée au consentement. Ces actes et gestes peuvent faire partie d'un contexte ou continuum plus général nécessaire pour comprendre la perception que l'accusé avait sincèrement de la conduite de la plaignante au moment de la prétendue agression.

En même temps, il faut toujours se rappeler que le consentement, même donné à un certain moment, peut être retiré en tout temps. En conséquence, il peut être dangereux de présumer que la preuve susceptible de justifier une croyance sincère, chez l'accusé, que la plaignante consentirait à des actes sexuels est instructive relativement à la véritable question en litige, qui est de savoir si l'accusé a cru que la plaignante consentait effectivement à ces actes. La croyance sincère que la plaignante consentirait ne constitue pas une défense en matière d'agression sexuelle lorsque, au moment des actes sexuels, l'accusé est au courant de l'absence de consentement, l'ignore volontairement ou ne s'en soucie pas. Ce n'est que si l'accusé croit sincèrement que la plaignante est effectivement consentante que l'erreur rend non coupable l'agression sexuelle. À défaut de montrer, d'une manière réaliste, en quoi des événements antérieurs auraient pu influencer sur la perception que l'accusé avait sincèrement de la conduite de la plaignante au moment de l'agression même, une

not be capable of supporting, by itself, the defence of honest but mistaken belief in consent.

telle preuve ne sera pas susceptible d'étayer, à elle seule, la défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

25

Secondly, the fact that stories are diametrically opposed, as well as the degree to which they are opposed, is but one factor in the air of reality determination. Instances in which stories are diametrically opposed and where there is no air of reality are, in fact, specific applications of the air of reality threshold. They are not intrinsic to the test, itself. The question is not whether two stories are so diametrically opposed that there can be no air of reality to the defence of mistaken belief in consent. This approach ignores the presence of other factors, such as corroborative evidence, which may nonetheless justify putting the defence of honest mistake to the jury (see *Bulmer, supra*). Rather, we must bear in mind that neither the version of the facts given by the complainant nor that given by the accused is necessarily a full and complete account of what actually took place and, as such, a jury may decide not to believe certain parts of each person's testimony. Thus, the question is whether, in the absence of other evidence lending an air of reality to the defence of honest mistake, a reasonable jury could cobble together some of the complainant's evidence and some of the accused's evidence to produce a sufficient basis for such a defence. Would the acceptance of one version necessarily involve the rejection of the other? Put another way, is it realistically possible for a properly instructed jury, acting judiciously, to splice some of each person's evidence with respect to the encounter, and settle upon a reasonably coherent set of facts, supported by the evidence, that is capable of sustaining the defence of mistaken belief in consent? If the stories cannot realistically be spliced in such a manner, then the issue really is purely one of credibility — of consent or no consent — and the defence of mistaken belief in consent should not be put to the jury.

Deuxièmement, le fait que des récits soient diamétralement opposés, ainsi que la mesure dans laquelle ils se contredisent, ne sont qu'un facteur à considérer en décidant de la vraisemblance. Les cas dans lesquels les récits sont diamétralement opposés et où il n'existe aucune vraisemblance représentent en fait des applications particulières du test de la vraisemblance. Ces cas ne constituent pas une partie intrinsèque du test lui-même. La question n'est pas de savoir si deux récits sont à ce point diamétralement opposés que la défense de croyance erronée au consentement ne peut être vraisemblable. Pareille approche fait abstraction d'autres facteurs, comme l'existence d'une preuve corroborante, qui peuvent néanmoins justifier de soumettre la défense d'erreur honnête à l'appréciation du jury (voir l'arrêt *Bulmer*, précité). Il faut plutôt se rappeler que ni la version des faits de la plaignante ni celle de l'accusé n'est nécessairement un compte rendu complet de ce qui s'est vraiment passé et que, pour cette raison, un jury peut décider de ne pas ajouter foi à certaines parties du témoignage de chacun d'eux. La question qui se pose est donc de savoir si, en l'absence d'autres éléments de preuve conférant une vraisemblance à la défense d'erreur honnête, un jury raisonnable pourrait combiner une partie de la preuve de la plaignante et une partie de la preuve de l'accusé, pour servir de justification suffisante à ce moyen de défense. L'acceptation d'une version impliquerait-elle nécessairement le rejet de l'autre? En d'autres termes, un jury qui a reçu des directives appropriées et qui agit judicieusement peut-il, de façon réaliste, retenir une partie du témoignage de chacun des intéressés relativement à l'incident pour en arriver à un ensemble de faits, raisonnablement cohérent et appuyé par la preuve, qui soit susceptible de justifier la défense de croyance erronée au consentement? S'il n'est pas réaliste de combiner ainsi les récits, alors il s'agit vraiment d'une simple question de crédibilité — de consentement ou d'absence de consentement —, et la défense de croyance erronée au consentement ne devrait pas être soumise à l'appréciation du jury.

To summarize, when the complainant and the accused give similar versions of the facts, and the only material contradiction is in their interpretation of what happened, then the defence of honest but mistaken belief in consent should generally be put to the jury, except in cases where the accused's conduct demonstrates recklessness or wilful blindness to the absence of consent. On the other hand, courts have generally refused to put the defence of honest but mistaken belief in consent to the jury when the accused clearly bases his defence on voluntary consent, and he also testifies that the complainant was an active, eager or willing partner, whereas the complainant testifies that she vigorously resisted. In such cases, the question is generally simply one of credibility, of consent or no consent.

C. *Absence of an Air of Reality*

It is apparent from the problems that judges, practitioners and academics have all encountered in finding a satisfactory means by which to apply the "air of reality" test that it is, indeed, a somewhat elusive standard to put into practice. There is more than one way, though, to approach every problem. Although it may be difficult to put into positive terms that which is necessary to satisfy the "air of reality" test, framing the test negatively can be a more fruitful endeavour. In other words, though it may be difficult to define in precise terms and as a matter of law the constituent components of "air of reality", it can be a simpler task to delimit with some degree of certainty when an "air of reality" is absent. I will refer to this approach as the "absence of air of reality", and preface the following observations with the very sharp reminder that the two tests are not the same: failure to find a readily ascertainable "absence of air of reality" using a particular legal test by no means precludes a finding that the "air of reality" threshold has nonetheless not been satisfied.

En résumé, lorsque la plaignante et l'accusé donnent une version semblable des faits et que la seule contradiction importante réside dans leur interprétation de ce qui est survenu, la défense de croyance sincère mais erronée au consentement devrait alors généralement être soumise à l'appréciation du jury, sauf dans les cas où la conduite de l'accusé montre qu'il a ignoré volontairement l'absence de consentement ou qu'il ne s'en est pas soucié. Par contre, les tribunaux refusent généralement de soumettre à l'appréciation du jury la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, lorsque l'accusé fonde clairement sa défense sur un consentement délibéré et qu'il témoigne également que la plaignante a participé activement, passionnément et volontairement, tandis que cette dernière affirme avoir résisté énergiquement. En pareils cas, la question qui se pose généralement est une simple question de crédibilité, de consentement ou d'absence de consentement.

C. *L'absence de vraisemblance*

Il ressort des difficultés que juges, avocats et commentateurs ont tous éprouvées à trouver un moyen satisfaisant de l'appliquer, que le test de la «vraisemblance» constitue effectivement une norme plutôt difficile à mettre en application. Il existe, toutefois, plus d'une façon d'aborder un problème. Bien qu'il puisse être difficile d'exprimer d'une manière positive ce qu'il faut pour satisfaire au test de la «vraisemblance», il peut s'avérer plus utile d'en adopter une formulation négative. Autrement dit, bien qu'il puisse être difficile de définir avec précision les éléments constitutifs de la «vraisemblance» sur le plan juridique, il peut s'avérer plus simple de déterminer avec quelque certitude les cas où il y a absence de «vraisemblance». Je désignerai donc cette méthode comme étant celle de l'«absence de vraisemblance» et, avant de faire les observations qui suivent, je vais d'abord rappeler très nettement que les deux tests ne sont pas identiques: ce n'est pas parce qu'on n'a pu, à l'aide d'un critère juridique particulier, déceler une «absence de vraisemblance» facilement vérifiable qu'on se voit nécessairement empêché de conclure qu'il n'a quand même pas été satisfait

Rather, the former constitutes a subset of the latter. The following remarks elaborate on this approach.

28 The air of reality standard cannot be evaluated in light of the "totality of the evidence" without first breaking down that formless and undigested mass of evidence, distilling it, and finally analyzing it. It could, for instance, be divided into four "rough and ready" categories: (1) testimonial evidence which is materially in dispute (i.e., addressing facts about which the case for the complainant and the accused disagree in important respects); (2) real evidence, the existence, significance or appreciation of which is materially in dispute; (3) testimonial evidence which is not materially in dispute (i.e., addressing facts about which the complainant and accused do not disagree in important respects), and (4) real evidence, the existence, significance and appreciation of which is not materially in dispute.

29 For the purposes of deciding whether a defence should or should not go to the jury, real and testimonial evidence not materially in dispute (categories 3 and 4) are the "objective comparators" against which those aspects of the case for the accused which are materially in dispute (categories 1 and 2) may be measured. Where evidence supporting the accused which is materially in dispute is, realistically viewed, clearly logically inconsistent with evidence which is not materially in dispute, then it can be concluded as a matter of both law and logic that there can be no air of reality to the defence to which those logical inconsistencies relate. Whereas evaluations of the accused's case against evidence that is materially in dispute generally requires assessments as to credibility or as to the appropriate weight to be given to that evidence, evaluations against evidence that is not materially in dispute does not call for such a process and is therefore more properly characterized as a question of law than as a question of fact.

au test de la «vraisemblance». Au contraire, le premier constitue un aspect du second. Ce point de vue est explicité dans les observations qui suivent.

La norme de la vraisemblance ne saurait être évaluée en fonction de l'«ensemble de la preuve» sans d'abord décomposer cette masse informe et brute d'éléments de preuve, sans la distiller et, enfin, sans l'analyser. On pourrait, par exemple, la diviser en quatre catégories «rudimentaires», à savoir: (1) la preuve testimoniale qui est sérieusement contestée (c.-à-d. celle qui se rapporte à des faits concernant lesquels la preuve de la plaignante et celle l'accusé divergent à certains égards importants), (2) la preuve matérielle dont l'existence, l'importance ou l'appréciation sont sérieusement contestées, (3) la preuve testimoniale qui n'est pas sérieusement contestée (c.-à-d. celle qui se rapporte à des faits qui ne font l'objet d'aucun désaccord important de la part de la plaignante et de l'accusé), et (4) la preuve matérielle dont l'existence, l'importance et l'appréciation ne sont pas sérieusement contestées.

Pour décider s'il y a lieu ou non de soumettre un moyen de défense à l'appréciation du jury, les éléments de preuve matérielle et testimoniale qui ne sont pas sérieusement contestés (les catégories 3 et 4) constituent les «éléments de comparaison objectifs» en fonction desquels peuvent être mesurés les aspects de la preuve de l'accusé qui sont sérieusement contestés (les catégories 1 et 2). Lorsque, examinée d'un œil réaliste, la preuve en faveur de l'accusé qui est sérieusement contestée est manifestement et logiquement inconciliable avec la preuve qui n'est pas sérieusement contestée, on peut conclure alors, tant sur le plan du droit que sur celui de la logique, à l'invraisemblance du moyen de défense auquel se rapportent les contradictions constatées sur le plan de la logique. Bien que l'appréciation de la thèse de l'accusé par rapport à la preuve qui est sérieusement contestée nécessite généralement une évaluation de la crédibilité ou du poids qu'il convient d'accorder à cette preuve par rapport à la preuve qui n'est pas sérieusement contestée, cette évaluation ne se pose pas et est, en conséquence, plus proprement qualifiée de question de droit que de question de fait.

Building upon this approach, it is possible to say that there is no air of reality to a particular defence, and therefore no need to put it to the jury, under the following circumstances:

- (1) the totality of the evidence for the accused is incapable of amounting to the defence being sought; or
- (2) the totality of the evidence for the accused is clearly, logically inconsistent with the totality of evidence which is not materially in dispute.

It goes without saying, of course, that these standards should be viewed realistically, and not evaluated according to purely speculative or hypothetical extremes. We must recall that a defence should not be put to the jury unless a reasonable jury, properly instructed and acting judiciously, could acquit on that basis.

A court may conclude as a matter of law that there is no air of reality to a particular defence if the accused's case simply does not support it. In *Osolin*, *supra*, at p. 651, McLachlin J. concluded that the undisputed facts of the accused's case were, at the very least, consistent with wilful blindness and therefore did not admit of the defence of honest belief in consent (see also *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570). In her view, no person, reasonable or otherwise, could have honestly inferred consent from the circumstances, notwithstanding the fact that the complainant may have passively acquiesced at certain points. In such instances, the absence of an air of reality to the defence of honest mistake precludes it from being put to the jury.

The second branch of this approach is both borne out and exemplified by the facts of *Reddick*, *supra*. A 29-year-old man was charged with sexually assaulting a 15-year-old girl who was a virgin at the time of the assault. The complainant and her girlfriends were watching television one Saturday afternoon. The accused, whom the complainant

Poursuivant cette approche, on peut prétendre qu'un moyen de défense donné n'est pas vraisemblable et n'a donc pas à être soumis à l'appréciation du jury, dans les circonstances suivantes:

- (1) l'ensemble de la preuve de l'accusé ne permet pas d'établir la défense invoquée; ou
- (2) l'ensemble de la preuve de l'accusé est manifestement et logiquement inconciliable avec l'ensemble de la preuve qui n'est pas sérieusement contestée.

Il va sans dire que ces normes devraient être considérées d'une manière réaliste et qu'elles ne devraient être évaluées en fonction de situations extrêmes purement conjecturales ou hypothétiques. Il faut se rappeler qu'un moyen de défense ne devrait être soumis à l'appréciation du jury que si un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant judicieusement, pourrait prononcer un acquittement sur cette base.

Un tribunal peut décider que, du point de vue juridique, un moyen de défense donné n'a rien de vraisemblable si la preuve produite par l'accusé ne l'appuie tout simplement pas. Dans l'arrêt *Osolin*, précité, à la p. 651, le juge McLachlin conclut que les faits incontestés de la preuve de l'accusé traduisaient à tout le moins une ignorance volontaire et ne pouvaient servir à étayer une défense de croyance sincère au consentement (voir aussi l'arrêt *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570). D'après le juge McLachlin, aucune personne, raisonnable ou autrement, n'aurait sincèrement pu inférer des circonstances qu'il y avait eu consentement, et ce, malgré le fait que la plaignante ait pu acquiescer passivement à certains moments. Dans de tels cas, l'invraisemblance de la défense d'erreur honnête empêche de la soumettre à l'appréciation du jury.

Quant au second volet de cette approche, il est confirmé et illustré par les faits de l'affaire *Reddick*, précitée. Dans cette affaire, un homme de 29 ans avait été accusé d'avoir agressé sexuellement une jeune fille de 15 ans qui, au moment de l'agression, était vierge. La plaignante et ses amies regardaient la télévision un samedi après-midi.

30

31

32

knew only slightly, arrived and began to tickle them all, telling them to get up. All but the complainant eventually left. The accused tried to kiss the complainant on a few occasions, and she eventually slapped him in the face. He then suggested that they go to McDonald's for a drink. She assented, thinking that her friends would be outside and that they would stop her. They were not outside. The two drove to McDonald's and bought a drink. When back in the car, the accused tried to kiss her again and tried to put his hand down her pants. The complainant suggested they go for a drive, thinking that he could not do anything while he was driving. The accused drove to a dead-end road, parked and tried to fondle her. She told him to stop. At that point a security car drove by, and the accused stopped. He then drove her to a remote corner in the bottom level of an underground parking lot and raped her. When the complainant tried to resist by holding her track pants up, the accused ripped a hole through them and had intercourse with her. He took her home and told her not to tell her mother.

L'accusé, que la plaignante connaissait à peine, est arrivé et s'est mis à les chatouiller en leur disant de se lever. Toutes, sauf la plaignante, sont finalement parties. L'accusé a tenté à maintes reprises d'embrasser la plaignante et elle a fini par le gifler. Il lui a alors proposé d'aller boire quelque chose chez McDonald. Elle a consenti, pensant que ses amies seraient à l'extérieur et qu'elles l'intercepteraient. Elles n'y étaient toutefois pas. La plaignante et l'accusé se sont donc rendus, tous les deux, chez McDonald où ils ont acheté des rafraîchissements. De retour dans la voiture, l'accusé a de nouveau tenté d'embrasser la plaignante et a essayé de glisser sa main dans son pantalon. La plaignante lui a proposé de faire un tour en voiture, se disant qu'il ne pourrait rien entreprendre pendant qu'il conduisait. L'accusé s'est rendu dans une impasse où il a stationné son véhicule et a tenté de caresser la plaignante. Elle lui a dit d'arrêter. Sur ces entrefaites, une voiture de sécurité est passée et l'accusé a effectivement arrêté. Il a ensuite conduit la plaignante dans un coin retiré du dernier niveau d'un parc de stationnement souterrain, où il l'a violée. Lorsque la plaignante a tenté de lui résister en tenant son pantalon de survêtement, l'accusé a déchiré le pantalon et, profitant du trou ainsi fait, a eu des rapports sexuels avec elle. Puis il l'a reconduite chez elle, lui disant de ne rien raconter à sa mère.

33

When she arrived home, she informed her mother. A medical examination revealed a half-inch tear on her vagina which was still bleeding. The accused corroborated the complainant's evidence regarding his advances, regarding the trip to McDonald's, to the dead end and to the parking lot. However, he testified that the sexual activity met with no resistance. He explained that he drove her to the parking lot because he thought that there was a good likelihood that she would have sex with him. He explained the ripped track pants on the basis that it was more convenient to have sex through her track pants. In a trial by judge alone, the judge found absence of consent, but acquitted because he had a reasonable doubt as to whether or not the accused knew the victim was consenting.

Une fois rentrée à la maison, elle a informé sa mère de ce qui s'était produit. Un examen médical de la plaignante a permis de constater qu'elle avait, au vagin, une déchirure d'un demi-pouce qui saignait encore. L'accusé a corroboré le témoignage de la plaignante concernant ses avances et concernant le fait qu'ils s'étaient rendus chez McDonald, dans une impasse et dans le parc de stationnement. Il a toutefois témoigné qu'il n'y avait eu aucune résistance à l'acte sexuel. S'il l'avait conduite dans le parc de stationnement, a-t-il expliqué, c'est parce qu'il considérait qu'il y avait de bonnes chances qu'elle aurait des rapports sexuels avec lui. D'après l'accusé, il avait déchiré le pantalon de survêtement parce qu'il était plus commode d'accomplir l'acte sexuel ainsi. Lors du procès devant juge seul, le juge a conclu à l'absence de consentement, mais a prononcé l'acquittement parce qu'il

This Court upheld the Court of Appeal's substitution of a verdict of guilty.

The fact of the torn track pants, the medical evidence inconsistent with consensual sexual intercourse, the complainant's age, and the sequence of events leading up to the alleged assault were all not materially in dispute. Most importantly, however, the significance of the torn track pants could not be said to be materially in dispute, when viewed realistically in light of the medical evidence and the girl's age. It could only be consistent with the use of force, overriding or wilfully blind to the will of the victim. The totality of the accused's case was therefore clearly logically inconsistent with the defence of honest but mistaken belief and that defence should not have been available to the finder of fact (in this case, the judge sitting alone).

This approach also provides further support for the proposition, already accepted by this Court, that an air of reality cannot spring from what amounts to little more than a bare, unsupported assertion by the accused. The facts in *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918, are illustrative of this fact. The complainant testified that the accused, a stranger, entered the apartment she shared with her room-mate under the pretence that he was a friend of the room-mate. Once in the apartment, he put his hand over the complainant's mouth, pulled her hair, forced her to the floor, threatened her, hit her, and sexually assaulted her. She did not resist the attack as she was afraid that he would hurt her more. At trial, defence counsel argued consent and, alternatively, honest belief as to consent. The accused did not testify. He made only the bare, unsupported assertion through his counsel that he honestly believed that the complainant was consenting. He did not contradict through his own testimony the version told by the complainant but

avait un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé savait que la victime n'était pas consentante. Notre Cour a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel qui avait substitué un verdict de culpabilité à celui rendu au procès.

La déchirure du pantalon de survêtement, la preuve médicale inconciliable avec un consentement aux rapports sexuels, l'âge de la plaignante et la suite d'événements aboutissant à la prétendue agression représentaient tous des éléments qui n'étaient pas sérieusement contestés. Plus important encore, cependant, on ne pouvait soutenir que la signification de la déchirure du pantalon de survêtement était sérieusement contestée si on l'envisageait, de façon réaliste, à la lumière de la preuve médicale et de l'âge de la jeune fille. Cette déchirure ne pouvait s'expliquer que par un recours à la force de la part de l'accusé qui a passé outre à la volonté de la victime ou qui en a fait fi volontairement. Par conséquent, l'ensemble de la preuve de l'accusé était manifestement et logiquement inconciliable avec la défense de croyance sincère mais erronée, si bien que le juge des faits (en l'occurrence, un juge seul) n'aurait pas dû être saisi de ce moyen de défense.

C'est là également une approche qui appuie davantage la proposition, déjà acceptée par notre Cour, que la vraisemblance ne peut découler de ce qui n'est qu'une simple assertion non étayée de l'accusé. Les faits de l'affaire *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918, en sont une illustration. La plaignante a témoigné que l'accusé, un inconnu, s'était introduit dans l'appartement qu'elle partageait avec une compagne en prétendant être un ami de cette dernière. Une fois dans l'appartement, il a placé sa main sur la bouche de la plaignante, lui a tiré les cheveux, l'a poussée par terre, l'a menacée, l'a frappée et l'a agressée sexuellement. Elle n'a pas résisté parce qu'elle craignait qu'il ne lui fasse encore plus de mal. Au procès, l'avocat de la défense a allégué le consentement et, à titre subsidiaire, la croyance sincère au consentement. L'accusé n'a pas témoigné. Il a simplement déclaré, sans preuve à l'appui et par l'intermédiaire de son avocat, avoir cru sincèrement que la plaignante était consentante. Il n'a pas contredit, par son pro-

34

35

rather sought to point out inconsistencies in her testimony through cross-examination. This cross-examination did not, however, succeed in bringing the complainant's evidence materially into dispute. Nor was there other evidence which brought that evidence materially into dispute. As such, the accused's case regarding mistaken belief amounted to little more than a bare, unsupported assertion and it was clearly, logically inconsistent with the totality of the evidence that was not materially in dispute (including, in this case, the complainant's evidence). It is difficult to see how the outcome would be any different if the accused had actually testified yet still only made a bare, unsupported assertion as to belief in consent without materially disputing those portions of the complainant's story relevant to the actual sexual assault.

pre témoignage, le récit de la plaignante, mais a plutôt cherché, au moyen du contre-interrogatoire, à faire ressortir des contradictions dans le témoignage de cette dernière. Ni le contre-interrogatoire ni aucune autre preuve n'ont réussi à sérieusement mettre en doute le témoignage de la plaignante. C'est pourquoi la preuve de croyance erronée de la part de l'accusé ne constituait guère plus qu'une simple assertion non étayée qui était manifestement et logiquement inconciliable avec l'ensemble de la preuve non sérieusement contestée (y compris, dans cette affaire, le témoignage de la plaignante). On voit mal en quoi l'issue aurait été différente si l'accusé avait effectivement témoigné, se contentant simplement d'affirmer, sans preuve à l'appui, qu'il avait cru au consentement, sans autrement contester sérieusement ces aspects du récit de la plaignante se rapportant à l'agression sexuelle proprement dite.

36

This approach also offers helpful insight into circumstances where the totality of the accused's claim to a mistaken belief defence, realistically viewed, is clearly internally inconsistent. It states the obvious to say that an accused cannot be said to dispute materially his own testimony. Moreover, since the complainant's story is to the effect that she did not consent, the complainant also cannot be said to dispute materially statements made by the accused which indicate that the accused knew that she was not consenting (or was wilfully blind or reckless to that fact). If, then, an accused on one hand cross-examines the complainant and elicits some evidence which might support the conclusion that he believed she consented but, on the other hand, essentially tells a story that amounts to nothing less than wilful blindness as to her consent, then there would be a clear inconsistency within his claim to a mistaken belief in consent (principally advanced via cross-examination of the complainant). Thus, although the cross-examination, taken alone, could arguably constitute some evidence lending an "air of reality" to the defence of honest belief in consent, that defence should not be put to the jury because it suffers from a clear,

De plus, cette approche est utile dans les cas où les assertions avancées par l'accusé à l'appui de la défense de croyance erronée sont clairement contradictoires en soi lorsqu'elles sont examinées d'un œil réaliste. Il va de soi qu'on ne saurait dire d'un accusé qu'il conteste sérieusement son propre témoignage. De plus, puisque la plaignante prétend qu'elle n'a pas consenti, on ne saurait dire, non plus, qu'elle conteste sérieusement les déclarations de l'accusé selon lesquelles il savait qu'elle n'était pas consentante (ou a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié). Donc, si, d'une part, l'accusé contre-interrogeait la plaignante et lui arrachait un élément de preuve susceptible de justifier la conclusion qu'il la croyait consentante, mais que, d'autre part, il faisait un récit qui, pour l'essentiel, ne témoignait de rien de moins que l'ignorance volontaire du consentement de la victime, il y aurait alors contradiction manifeste dans son allégation de croyance erronée au consentement (avancée principalement au moyen du contre-interrogatoire de la plaignante). Ainsi, même si on pouvait soutenir que le contre-interrogatoire pourrait, à lui seul, constituer une preuve conférant une «vraisemblance» à la défense de croyance erronée au consentement, ce moyen de défense ne devrait pas être soumis à l'appréciation

internal logical inconsistency with facts that are not materially in dispute.

Much difficulty in defining the nature and type of “corroboration” required to lend an “air of reality” to the defence of mistake in consent may flow from past failures to acknowledge the relationship outlined above. Although clear logical inconsistency is, in a way, the analytical antithesis to corroboration, it is important to recognize that what is truly important to the “air of reality” test in respect of a particular defence is that the evidence said to provide some basis for that defence must actually relate to, and support, that particular defence. Evidence going to an ancillary issue or failing to address a clear and undisputed logical inconsistency in an accused’s claim to the honest mistake defence, then, will not, itself, be sufficient to lend that defence an air of reality. Although this conclusion seems obvious, it is apparently not always being followed, judging by the type of evidence deemed at times to be supportive of the defence. With all due respect to McClung J.A., the present case is no exception.

D. *Mistake of Fact and Consent*

This Court recently concluded that a finding of lack of consent does not, as a matter of law, require some minimal word or gesture of objection: *M. (M.L.)*, *supra*. Passivity is, in essence, capable of communicating lack of consent. Although it is not strictly necessary to address this issue in order to resolve the present appeal, it seems to me that many of the difficulties relating to both the nature and the application of the air of reality test to honest belief defences may flow from the manner in which the common law approaches the *mens rea* of the offence of sexual assault. In *Osolin*, *supra*, at p. 669, Cory J. observed that the crime of sexual assault is different from all other manners of assault in that it is

du jury parce qu’il est manifestement et logiquement inconciliable en soi avec des faits qui ne sont pas sérieusement contestés.

Une grande part de la difficulté de définir la nature et le type de «corroboration» requise pour conférer une «vraisemblance» à la défense d’erreur quant au consentement peut provenir du fait que, dans le passé, on n’a pas reconnu cette corrélation. Bien que la contradiction manifeste sur le plan de la logique représente en quelque sorte, pour les fins de l’analyse, l’antithèse de la corroboration, il importe de reconnaître que ce qui est vraiment important, aux fins de l’application du test de la «vraisemblance» à un moyen de défense particulier, c’est que la preuve qui, dit-on, justifie dans une certaine mesure ce moyen de défense doit vraiment se rapporter à ce moyen de défense particulier et l’appuyer. La preuve qui concerne une question accessoire ou qui ne porte pas sur une contradiction manifeste et incontestée, du point de vue de la logique, que renferme la défense d’erreur honnête invoquée par l’accusé ne sera donc pas suffisante en soi pour rendre vraisemblable ce moyen de défense. Or, malgré l’évidence apparente de cette conclusion, elle ne semble pas toujours être suivie, à en juger par le type de preuve qui est parfois considéré comme appuyant le moyen de défense invoqué. En toute déférence pour le juge McClung, la présente affaire n’y fait pas exception.

D. *L’erreur de fait et le consentement*

Notre Cour a conclu récemment qu’une décision quant à l’absence de consentement n’exige pas, du point de vue juridique, que la victime ait opposé un minimum de résistance, par des paroles ou des gestes: *M. (M.L.)*, précité. La passivité est, en soi, capable de traduire une absence de consentement. Quoiqu’il ne soit pas strictement nécessaire d’aborder cette question afin de trancher le présent pourvoi, il me semble que bien des difficultés liées tant à la nature du test de la vraisemblance qu’à son application à la défense de croyance sincère peuvent découler de la façon dont la *mens rea* de l’infraction d’agression sexuelle est envisagée en common law. Dans l’arrêt *Osolin*, précité, à la p. 669, le juge Cory fait remarquer que l’agression

37

38

gender based in the vast majority of cases. He acknowledged that ss. 15 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, guaranteeing equality to men and women, play a special role in the context of sexual assault. In my view, there may be reason to believe that the existing role of consent in the *mens rea* of the offence of sexual assault raises some concerns with respect to those two provisions of the *Charter*. Briefly put, the current common law approach to consent may perpetuate social stereotypes that have historically victimized women and undermined their equal right to bodily integrity and human dignity.

sexuelle diffère de toutes les autres formes de voies de fait en ce sens que, dans la grande majorité des cas, elle est fondée sur le sexe de la victime. Il a reconnu que les art. 15 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantissent l'égalité des hommes et des femmes, jouent un rôle spécial dans le contexte de l'agression sexuelle. À mon avis, il y a peut-être lieu de croire que le rôle actuel du consentement dans la *mens rea* de l'infraction d'agression sexuelle suscite certaines préoccupations relativement à ces deux dispositions de la *Charte*. En bref, la façon dont la common law aborde actuellement le consentement risque de perpétuer des stéréotypes sociaux qui, dans le passé, ont nui aux femmes et miné leur droit égal à l'intégrité physique et à la dignité de leur personne.

39 The *actus reus* of sexual assault requires that the Crown demonstrate a touching of a sexual nature, combined with a lack of actual consent to that touching. The *mens rea* for sexual assault is established by showing that the accused intended to touch the complainant in a manner that is sexual, and knew of, or was reckless or wilfully blind to, the fact that the complainant was not consenting to that touching. Our law typically takes this to mean that the accused must be shown to be aware of, or reckless or wilfully blind to, the fact that non-consent was communicated. I shall elaborate immediately below on why, in my view, we must accept that the *mens rea* for sexual assault is also established by showing that the accused was aware of, or reckless or wilfully blind to, the fact that consent was not communicated. In other words, the *mens rea* of sexual assault is not only satisfied when it is shown that the accused knew that the complainant was essentially saying "no", but is also satisfied when it is shown that the accused knew that the complainant was essentially not saying "yes".

Pour établir l'*actus reus* de l'agression sexuelle, le ministère public doit faire la preuve d'attouchements de nature sexuelle et de l'absence de consentement réel à ces attouchements. La preuve de la *mens rea* de l'agression sexuelle se fait en démontrant que l'accusé voulait se livrer à des attouchements sexuels sur la plaignante et qu'il savait que celle-ci ne consentait pas à ces attouchements, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié. Habituellement, notre droit y voit une exigence d'établir que l'accusé savait qu'un non-consentement avait été exprimé, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié. Je vais préciser immédiatement, dans les lignes qui suivent, pourquoi, à mon avis, il nous faut accepter que la *mens rea* de l'agression sexuelle est également établie par la preuve que l'accusé savait qu'aucun consentement n'était exprimé, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié. En d'autres termes, la *mens rea* de l'agression sexuelle est établie non seulement lorsqu'il est démontré que l'accusé savait que la plaignante disait essentiellement «non», mais encore lorsqu'il est démontré qu'il savait que la plaignante, essentiellement, ne disait pas «oui».

40 Few would dispute that there is a clear communication gap between how most women experience consent, and how many men perceive consent. Some of this gap is attributable to genuine, often

Peu de gens contesteraient qu'il existe un écart manifeste, sur le plan de la communication, entre la façon dont la plupart des femmes interprètent le consentement et celle dont la plupart des hommes

gender-based, miscommunication between the parties. Another portion of this gap, however, can be attributed to the myths and stereotypes that many men hold about consent. As R. D. Wiener has observed in “Shifting the Communication Burden: A Meaningful Consent Standard in Rape” (1983), 6 *Harv. Women’s L.J.* 143, at p. 147:

[A] gender gap in sexual communications exists. Men and women frequently misinterpret the intent of various dating behaviors and erotic play engaged in by their opposite-sexed partners.

...

Because both men and women are socialized to accept coercive sexuality as the norm in sexual behavior, men often see extreme forms of this aggressive behavior as seduction, rather than rape. A great many incidents women consider rape are, in effect, considered “normal” by both male perpetrators and the male-dominated legal system.

The current approach to consent may perpetuate this unfortunate phenomenon.

Consent and assault are reciprocal concepts. The limits of one ultimately define the other. The role that consent plays in the law of sexual assault depends largely upon the purpose that we ascribe to that offence in contemporary society. Rape laws originally developed to protect the proprietary interests that men — fathers and husbands — had in women (Wiener, *supra*, at p. 160, note 104). A last vestige of this opprobrious notion — the fact that the crime of rape did not apply to activity between a husband and wife — was not eliminated in Canada until 1983. Long ago, however, the common law evolved to define rape in terms of sexual intercourse without consent and induced by force, fear or fraud (Great Britain, *Report of the Advisory Group on the Law of Rape* (1975), at p. 3). At that time, it could be said that the primary purpose underlying the offence of rape was concern for the protection of women from physical injury. The significance of the use of force has

le perçoivent. Cela est dû en partie à une mauvaise communication, réelle mais souvent fondée sur le sexe, entre les parties. Cela est également attribuable aux mythes et stéréotypes qu’entretiennent bien des hommes relativement au consentement. Comme le fait remarquer R. D. Wiener dans «Shifting the Communication Burden: A Meaningful Consent Standard in Rape» (1983), 6 *Harv. Women’s L.J.* 143, à la p. 147:

[TRADUCTION] [I] existe en matière de communications sexuelles un écart entre les sexes. Souvent, les hommes et les femmes interprètent mal l’intention sous-jacente à différents comportements relationnels et jeux érotiques de leurs partenaires du sexe opposé.

...

Hommes et femmes sont conditionnés à accepter comme normale une sexualité coercitive, si bien que les hommes voient souvent comme une séduction, plutôt que comme un viol, des manifestations extrêmes de ce comportement agressif. En effet, bon nombre d’actes considérés par les femmes comme un viol sont tenus pour «normaux» tant par les hommes qui les accomplissent que par le système judiciaire à domination masculine.

La façon actuelle d’aborder le consentement risque de perpétuer ce phénomène déplorable.

Le consentement et l’agression sont des notions réciproques. L’une se définit, en dernière analyse, en fonction des limites de l’autre. Le rôle que joue le consentement dans le droit en matière d’agression sexuelle tient dans une large mesure à l’objectif visé par notre société contemporaine relativement à cette infraction. Les lois relatives au viol visaient à l’origine à protéger les droits de propriété qu’avaient les hommes — les pères et les maris — sur les femmes (Wiener, *loc. cit.*, à la p. 160, note 104). Le dernier vestige de cette notion odieuse — l’inapplicabilité du crime de viol aux rapports entre mari et femme — n’a été supprimé au Canada qu’en 1983. Toutefois, la common law a défini, pendant longtemps, le viol en termes de rapports sexuels sans consentement et résultant de la coercition, de la crainte ou de la fraude (Grande-Bretagne, *Report of the Advisory Group on the Law of Rape* (1975), à la p. 3). On pouvait affirmer, à l’époque en question, que l’infraction de

since diminished, however. The crime of rape has been replaced with the broader offence of sexual assault. Actual intercourse is not a prerequisite for a sexual assault. Moreover, a woman need no longer suffer actual physical injury before she can say that she was sexually assaulted. Sexual assault is now, essentially, a sexual touching without consent. The purpose of the criminal law in this domain has shifted once again. The primary concern is no longer solely with the physical safety of women, but rather with something broader.

viol visait principalement à protéger les femmes contre les lésions corporelles. Cependant, le recours à la force a, depuis, perdu de son importance. Le crime de viol a fait place à l'infraction plus générale d'agression sexuelle. Les relations sexuelles proprement dites ne sont plus une condition préalable à l'agression sexuelle. En outre, la femme qui prétend avoir été agressée sexuellement n'est plus tenue de démontrer l'existence de lésions corporelles. À l'heure actuelle, l'agression sexuelle consiste essentiellement en des attouchements sexuels sans consentement. L'objectif du droit criminel dans ce domaine a de nouveau changé. Ce dont on se préoccupe principalement n'est plus exclusivement la sécurité physique des femmes, mais plutôt quelque chose de plus général.

42 In my view, the primary concern animating and underlying the present offence of sexual assault is the belief that women have an inherent right to exercise full control over their own bodies, and to engage only in sexual activity that they wish to engage in. If this is the case, then our approach to consent must evolve accordingly, for it may be out of phase with that conceptualization of the law. In this respect, L. Vandervort argues in "Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea" (1987-88), 2 *C.J.W.L.* 233, at p. 267, that consent must be regarded from the standpoint of communication, rather than from the standpoint of a private mental state:

The social act of consent consists of communication to another person, by means of verbal and non-verbal behaviour, of permission to perform one or more acts which that person would otherwise have a legal or non-legal obligation not to perform To consent is to waive a right and relieve another person of a correlative duty

. . . Acts performed in reliance on such a waiver do not breach any operative legal duty and do not constitute commission of an offence. It is thus clear that any analysis of consent must consider what, if anything, was actually communicated, as well as whether the communication was voluntary. [Emphasis added.]

Vandervort concludes as follows, at p. 277:

J'estime qu'à l'heure actuelle l'infraction d'agression sexuelle procède surtout de la croyance que les femmes ont le droit inhérent d'exercer un contrôle complet sur leur corps, et de ne prendre part à des actes sexuels que si elles le désirent. S'il en est ainsi, notre façon d'aborder le consentement doit évoluer en conséquence, car elle est peut-être déphasée par rapport à cette conception du droit. À ce propos, L. Vandervort soutient dans «Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea» (1987-88), 2 *R.J.F.D.* 233, à la p. 267, que le consentement doit être envisagé du point de vue de la communication, plutôt que du point de vue d'un état d'esprit personnel:

[TRADUCTION] L'acte social qu'est le consentement consiste à communiquer à autrui, verbalement ou non verbalement, la permission d'accomplir un seul ou plusieurs actes dont, sans cela, cette personne serait, légalement ou autrement, tenue de s'abstenir [. . .] Consentir c'est renoncer à un droit et dégager une autre personne d'une obligation corrélatrice

. . . Les actes accomplis sur la foi d'une telle renonciation ne violent aucune obligation légale applicable et ne constituent pas une infraction. Il est donc évident que toute analyse du consentement doit tenir compte de ce qui a en fait été communiqué, si communication il y a eu, et examiner s'il s'agit d'une communication volontaire. [Je souligne.]

Vandervort conclut, à la p. 277:

The right of the individual to be free of non-consensual sexual contact will be protected only if consent is interpreted as an absolute issue, such that a failure to find that it was present is taken to demonstrate that it was absent *The law provides that sexual touching is assaultive unless the person touched agrees to be touched. It does not provide that the transaction is non-assaultive unless the person touched objects.* [Emphasis in original.]

Consideration of communication of consent has always implicitly informed our approach to how knowledge of absence of consent relates to the *mens rea* of the offence of sexual assault. In fact, since consent is, itself, a private mental state, we go about inferring it in much the same way as we would infer *mens rea*. Namely, we look to verbal and non-verbal cues and then draw inferences about a particular mental state by evaluating the individual's behaviour in light of the totality of the circumstances. A finder of fact employs these techniques to determine whether a complainant has, in fact, not consented to a sexual touching. In so far as the *actus reus* of the offence of sexual assault is concerned, the inquiry stops there. The *mens rea* of sexual assault, however, requires proof of the accused's awareness of, or recklessness or wilful blindness to, this absence of consent. The inquiry into absence of consent for the purposes of establishing the *mens rea* of the offence must therefore go one step further, and delve into the accused's perception of the absence of consent. Since mistake of fact goes to the *mens rea* of the offence, an honest mistake of fact by the accused in this respect may therefore indicate that he possessed a non-culpable state of mind.

As I mentioned earlier, however, circumstances are not relevant to the defence of honest but mistaken belief where they are only capable of supporting a belief on the part of the accused that the complainant would consent, rather than being capable of supporting his belief that she does, in fact, consent. An accused cannot say that he

[TRADUCTION] Le droit de l'individu de ne pas avoir à subir des contacts sexuels auxquels il ne consent pas ne sera protégé que si le consentement est considéré comme une question absolue, de sorte que l'absence d'une conclusion au consentement sera interprétée comme établissant qu'il n'a pas été donné [. . .] *Aux termes de la loi, les contacts sexuels constituent une agression à moins que la personne qui les a subis n'y consente. Il n'est pas prévu qu'aucune agression n'est commise à moins que la personne qui subit les contacts ne s'y oppose.* [En italique dans l'original.]

L'examen de la question de la communication du consentement a toujours implicitement fait partie de notre façon d'envisager comment la connaissance de l'absence de consentement se rattache à la *mens rea* de l'infraction d'agression sexuelle. En fait, comme le consentement est lui-même un état d'esprit personnel, nous en inférons l'existence à peu près de la même façon que nous inférerions la *mens rea*. Notamment, nous recherchons des indices verbaux et non verbaux pour ensuite en inférer un état d'esprit particulier, en évaluant la conduite de la personne en question à la lumière de l'ensemble des circonstances. Un juge des faits a recours à ces techniques pour déterminer si une plaignante n'a pas, en fait, consenti à des attouchements sexuels. Quant à l'*actus reus* de l'infraction d'agression sexuelle, c'est ici que l'analyse prend fin. La *mens rea* de l'agression sexuelle requiert, toutefois, la preuve que l'accusé savait qu'il n'y avait pas consentement, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié. L'analyse de l'absence de consentement qui vise à établir la *mens rea* de l'infraction doit donc aller plus loin et porter sur la perception d'absence de consentement qu'avait l'accusé. Puisque l'erreur de fait touche la *mens rea* de l'infraction, une erreur de fait honnête, de la part de l'accusé à cet égard, pourrait donc indiquer qu'il était dans un état d'esprit non coupable.

Or, les circonstances, je le répète, n'ont aucune pertinence relativement à la défense de croyance sincère mais erronée, lorsqu'elles ne sont susceptibles que d'appuyer la croyance, chez l'accusé, que la plaignante consentirait, plutôt que d'être susceptibles d'étayer sa croyance qu'elle était effectivement consentante. L'accusé ne saurait pré-

43

44

believed the complainant to be consenting without pointing out the basis for that belief. As a practical matter, therefore, the principal considerations that are relevant to this defence are (1) the complainant's actual communicative behaviour, and (2) the totality of the admissible and relevant evidence explaining how the accused perceived that behaviour to communicate consent. Everything else is ancillary.

tendre qu'il croyait que la plaignante était consentante sans expliquer le motif de cette croyance. En pratique, les principaux facteurs pertinents quant à ce moyen de défense sont donc (1) le comportement communicatif proprement dit de la plaignante et (2) l'ensemble des éléments de preuve admissibles et pertinents qui expliquent comment l'accusé a perçu ce comportement comme exprimant un consentement. Tout le reste est secondaire.

45 Non-consensual sexual touching is criminal unless, at the least, the accused honestly believes that consent has been communicated with respect to that touching. Thus, as a practical matter, the *mens rea* of the offence does not relate so much to the complainant's frame of mind as it does to the complainant's communication of that frame of mind and to the accused's perception of that communication. Furthermore, although consent may exist in the mind of the woman without being communicated in any form, it cannot be accepted by a reasonable finder of fact as having been honestly perceived by the accused without first identifying the behaviour that led the accused ostensibly to hold this perception. If the accused is unable to point to evidence tending to show that the complainant's consent was communicated, then he risks a jury concluding that he was aware of, or reckless or wilfully blind to, the complainant's absence of consent. Of course, passivity can, itself, under certain infrequent circumstances, be communicative in character: *M. (M.L.)*, *supra*. By way of another example, evidence of past sexual behaviour between the parties might be relevant to the defence of mistake of fact in instances where that behaviour may have influenced the accused's honest perception of the complainant's communication relating to the particular sexual activity in question.

Les attouchements sexuels auxquels on ne consent pas sont criminels en l'absence, tout au moins, d'une croyance sincère de l'accusé qu'un consentement à ces attouchements avait été communiqué. Ainsi, en pratique, la *mens rea* de l'infraction ne se rapporte pas tant à l'état d'esprit de la plaignante qu'à la communication, par cette dernière, de son état d'esprit et, chez l'accusé, à la perception de cette communication. En outre, bien que le consentement puisse exister dans l'esprit d'une femme sans qu'il soit communiqué de quelque façon, un juge des faits raisonnable ne saurait accepter que ce consentement a été perçu sincèrement par l'accusé, sans d'abord cerner le comportement qui, en apparence, a engendré cette perception chez lui. Si l'accusé est incapable de produire un élément de preuve tendant à démontrer que la plaignante a communiqué son consentement, il court alors le risque qu'un jury conclue qu'il savait que la plaignante n'était pas consentante, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié. Évidemment, la passivité peut elle-même, dans certaines circonstances peu fréquentes, être de nature communicative: *M. (M.L.)*, précité. À titre d'exemple supplémentaire, la preuve d'un comportement sexuel antérieur entre les parties pourrait être pertinente quant à la défense d'erreur de fait, dans les cas où ce comportement peut avoir influé sur la perception sincère que l'accusé avait de la communication de la plaignante relativement à l'acte sexuel en question.

46 Under such an analytic approach, although the communication gap between the sexes may still avail confusion and miscommunication, the consequences will accrue more equally to both. Women, as a practical matter, still run the risk of being sexually assaulted unless they communicate non-

Suivant cette approche analytique, bien que l'écart qui existe sur le plan de la communication entre les sexes puisse encore engendrer la confusion et la mauvaise communication, les deux sexes en subiront les conséquences de façon plus égale. En pratique, les femmes courent toujours le risque

consent in a manner that is sufficiently clear for others to understand. Men, by contrast, must assume the responsibility for that part of the communication gap that is driven by androcentric myths and stereotypes, rather than by genuine misunderstanding due to gender-based miscommunication.

The assumption that if a woman is not consenting then she will say so is only helpful if we further assume that men perceive non-consent in the same way that women communicate it. The elusive and multi-faceted character of sex-speak, however, demonstrates this latter assumption to be patently incorrect:

A woman may believe she has communicated her unwillingness to have sex — and other women would agree, thus making it a “reasonable” female expression. Her male partner might still believe she is willing — and other men would agree with his interpretation, thus making it a “reasonable” male interpretation. The woman, who believes that she *has* conveyed her lack of consent, may interpret the man’s persistence as an indication that he does not care if she objects and plans to have sex despite her lack of consent. She may then feel frightened by the man’s persistence, and may submit against her will. [Emphasis in original.]

(Wiener, *supra*, at pp. 148-49.)

Acknowledging the reality of this communication gap between reasonable women and reasonable men requires us to discard the assumption that voluntariness — defined only in terms of force, fear or fraud — is a fair proxy for consent in the absence of communicated non-consent. It is not. As long as the effect of our approach to the *mens rea* of sexual assault reinforces the view that sexual activity is consensual in the absence of communicated non-consent, the damaging communication gap between the sexes, and the terrible costs that flow from it, will continue unacknowledged and will be perpetuated rather than narrowed. In order to give full and meaningful effect to

d’être agressées sexuellement, à moins qu’elles ne communiquent leur non-consentement d’une manière suffisamment claire pour que les autres puissent comprendre. Les hommes, par contre, doivent assumer la responsabilité de l’écart sur le plan de la communication dans la mesure où cet écart découle de mythes et de stéréotypes androcentriques, plutôt que d’un véritable malentendu imputable à une mauvaise communication fondée sur le sexe.

La présomption selon laquelle la femme qui ne consent pas le dira clairement ne vaut que si on présume en outre que les hommes perçoivent le non-consentement de la même façon que les femmes le communiquent. Or, la nature à la fois complexe et difficilement saisissable du dialogue sexuel démontre la fausseté manifeste de cette dernière présomption:

[TRADUCTION] Une femme peut croire qu’elle a communiqué son non-consentement à des rapports sexuels — et d’autres femmes en conviendraient, de sorte qu’il s’agirait d’une expression féminine «raisonnable». Son partenaire pourrait encore croire qu’elle est consentante et d’autres hommes souscriraient à son interprétation, de sorte qu’il s’agirait d’une interprétation masculine «raisonnable». La femme, qui croit *avoir* communiqué son absence de consentement, peut voir dans la persistance de l’homme une indication qu’il se fiche de ses objections et qu’il entend avoir des rapports sexuels avec elle même si elle n’y consent pas. Elle peut alors être effrayée par cette persistance et se soumettre contre son gré. [En italique dans l’original.]

(Wiener, *loc. cit.*, aux pp. 148 et 149.)

Reconnaître la réalité de cet écart sur le plan de la communication entre femmes raisonnables et hommes raisonnables nous oblige à écarter la présomption que le caractère volontaire — défini uniquement en termes de coercition, de crainte ou de fraude — peut légitimement, en l’absence d’une communication de non-consentement, se substituer au consentement. Il n’en est rien. Tant que notre façon d’aborder la *mens rea* de l’agression sexuelle a pour effet de renforcer le point de vue selon lequel, en l’absence d’une communication de non-consentement, il y a consentement à l’acte sexuel, l’écart néfaste sur le plan de la communication entre les sexes, avec les coûts terribles qui s’y rat-

women's right to control their own bodies, we must recognize that awareness of, or recklessness or wilful blindness to, an absence of communicated consent is sufficient to found the *mens rea* of the offence of sexual assault.

48 In my view, finders of fact will benefit from focusing their attentions on communication, and honest perception of that communication, when determining whether the *mens rea* of the offence has been made out. Such an approach will enable them to separate more effectively the wheat from the chaff — the myth and the stereotype from the reality — in determining whether the accused was aware of the complainant's absence of consent, or whether he could have entertained an honest but mistaken belief as to her consent. It will help them to identify, and filter out, stereotypical beliefs on the part of the accused that lead him to override non-consent, or that lead him to be reckless towards whether a woman is consenting or not. I believe that it may therefore lead to fairer, more accurate factual determinations. I believe that it will also take women's and men's distinct realities more equitably into account.

49 There is nothing preventing the common law governing consent from evolving to reflect contemporary social mores and realities. In fact, common law approaches to consent have always been strongly informed by public policy considerations. As Gonthier J. observed for the majority of this Court in *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, at p. 740:

[Historically,] [i]t was a concern that the offence of assault — more particularly the element of consent — be informed by considerations of public policy. Such considerations were thought sufficiently important to justify nullifying the legal validity of consent as a defence to a charge of assault.

He went on to enumerate several important public policy considerations, at pp. 762-65, to support his conclusion that consent between adults at common

tachent, continuera d'être ignoré et se perpétuera plutôt que de s'amenuiser. Pour que les femmes puissent jouir pleinement et utilement de leur droit de contrôler leur corps, il nous faut reconnaître que le fait de savoir qu'aucun consentement n'a été communiqué, d'ignorer volontairement ce fait ou de ne pas s'en soucier, suffit pour établir la *mens rea* de l'infraction d'agression sexuelle.

À mon avis, les juges des faits y gagneront à se concentrer sur la communication et la perception sincère de cette communication, au moment de déterminer si la *mens rea* de l'infraction a été établie. Ils pourront ainsi distinguer plus nettement l'ivraie du froment — les mythes et les stéréotypes de la réalité — en déterminant si l'accusé savait que la plaignante n'était pas consentante, ou s'il aurait pu croire sincèrement mais à tort qu'elle l'était. Cette approche les aidera également à reconnaître et à écarter les croyances stéréotypées qu'entretient l'accusé et qui l'amènent à faire fi du non-consentement ou à ne pas se soucier du fait qu'une femme consente ou non. Les conclusions du fait n'en seront à mon avis que plus justes et plus exactes, et il sera plus justement tenu compte des réalités différentes que vivent les femmes et les hommes.

Rien n'empêche que la common law en matière de consentement évolue de manière à refléter les mœurs et réalités sociales contemporaines. En fait, la façon dont la common law aborde le consentement a toujours été fortement assujettie à des considérations d'intérêt public. Comme le fait remarquer le juge Gonthier au nom de notre Cour à la majorité, dans l'arrêt *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, à la p. 740:

[Historiquement,] [o]n envisageait que l'infraction de voies de fait — et en particulier l'élément de consentement — soit soumise à des considérations d'intérêt public. Ces considérations, croyait-on, étaient suffisamment importantes pour justifier d'écarter la validité juridique du consentement à titre de moyen de défense contre une accusation de voies de fait.

Le juge Gonthier poursuit en énumérant, aux pp. 762 à 765, plusieurs considérations importantes d'intérêt public à l'appui de sa conclusion que le

law is vitiated by an intention to cause serious hurt in the course of a fist fight or brawl.

In *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, moreover, a majority of this Court recognized that public policy considerations played a role in justifying a departure from the ordinary principles of *mens rea* in instances of drunkenness by way of the specific/general intent distinction. See also *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at p. 865, *per* McIntyre J. The classification of sexual assault as a general intent offence to which drunkenness could not be a defence was also undeniably partly influenced by those same policy considerations. This position was recently re-affirmed, subject to the narrowest possible exception of drunkenness demonstrably akin to automatism, by a majority of this Court in *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63.

The majority of this Court recently concluded in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, that the common law must develop in a way that is consistent with *Charter* values. It follows that the common law governing the *mens rea* of sexual assault must be approached having regard to, *inter alia*, s. 15 of the *Charter*. As was the case in *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, this Court must strive to ensure that criminal law is responsive to women's realities, rather than a vehicle for the perpetuation of historic repression and disadvantage. A doctor who operates in the absence of the patient's informed and communicated consent risks being charged with assault. Awareness of, or recklessness or wilful blindness to, the absence of that communication is culpable in such situations. I see no reason why an accused charged with sexual assault should not be held to an identical standard.

consentement entre adultes en common law est vicié par l'intention de causer des blessures graves lors d'un combat à coups de poing ou d'une bagarre.

En outre, dans l'affaire *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, notre Cour à la majorité a reconnu que les considérations d'intérêt public contribuent à justifier que, dans les cas d'ivresse, l'on s'écarte des principes ordinaires de la *mens rea* en recourant à la distinction entre l'intention spécifique et l'intention générale. Voir aussi l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, à la p. 865, le juge McIntyre. Il est indéniable que si l'agression sexuelle a été classée dans la catégorie des infractions d'intention générale relativement auxquelles l'ivresse ne pouvait être alléguée comme défense, cela tient en partie également aux mêmes considérations d'intérêt public. Notre Cour à la majorité a récemment confirmé ce point de vue dans l'arrêt *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, sous réserve de l'exception la plus restreinte possible de l'ivresse dont on peut démontrer qu'elle s'apparente à l'automatisme.

Notre Cour a récemment conclu, à la majorité, dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, que la common law doit évoluer d'une manière compatible avec les valeurs de la *Charte*. Il s'ensuit que la common law qui régit la *mens rea* de l'agression sexuelle doit être abordée à la lumière, notamment, de l'art. 15 de la *Charte*. Comme c'était le cas dans l'affaire *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, notre Cour doit s'efforcer de voir à ce que le droit criminel tienne compte des réalités que vivent les femmes, et à ce qu'il ne serve pas à perpétuer la répression et les désavantages historiques. Le médecin qui opère sans le consentement éclairé et explicite du patient s'expose à des accusations de voies de fait. Dans de tels cas, est coupable le fait de savoir qu'aucun consentement n'a été communiqué, d'ignorer volontairement ce fait ou de ne pas s'en soucier. Je ne vois aucune raison de ne pas appliquer une norme identique à l'accusé inculpé d'agression sexuelle.

50

51

IV. Application to the Facts

52 In the present appeal, there was no air of reality to the accused's defence of mistaken belief in consent. The factors listed by McClung J.A. as lending an air of reality to that defence — the complainant's telephone overture to the respondent, the discussions of her use of birth control, the sexual activity engaged in thirteen days earlier, and the fact that she met him with a kiss at 6:10 a.m. on November 25 wearing only her bathrobe — are all only capable, if anything, of supporting a belief on the part of the respondent that the complainant would consent, not a belief that she did in fact consent. None of these factors address or relate in any realistic way to the events that actually took place at the time of the alleged sexual assault. They are therefore incapable of supporting a defence of honest but mistaken belief in consent.

53 What is relevant to a possible defence of honest but mistaken belief is the account of the events that took place in the bedroom, as well as any additional information explaining why the respondent might have honestly interpreted those events at that time to be consistent with consent. In certain cases, evidence of prior sexual activity between the two parties may be relevant in this respect. In the present case, however, the dissimilarities between the alleged assault and the acts that took place in the encounter thirteen days earlier can only lead one to conclude that evidence of that encounter was neither relevant to, nor capable of supporting, an honest belief on the part of the accused that the complainant was consenting at the time of the assault.

54 In the present case, moreover, the respondent's evidence is very sketchy as to the events that took place in the bedroom. He asserts that the complainant was a willing participant, that she only resisted with respect to the timing of the use of the condom, and that "as things were going on, it was getting hot", leading him to ejaculate on her stomach. He asserts that intercourse never even took place. The complainant, on the other hand, claims to have

IV. Application aux faits

En l'espèce, la défense de croyance erronée au consentement qu'a invoquée l'accusé n'était pas vraisemblable. Tous les facteurs énumérés par le juge McClung comme conférant une vraisemblance à ce moyen de défense — le fait que la plaignante ait donné son numéro de téléphone à l'intimé, les discussions relatives à son utilisation de contraceptifs, les actes sexuels accomplis treize jours auparavant, et le fait qu'elle l'ait accueilli en l'embrassant, vêtue seulement d'un peignoir, à 6 h 10, le 25 novembre — ne sont tout au plus susceptibles que d'étayer une croyance, chez l'intimé, que la plaignante consentirait, et non qu'elle a effectivement consenti. Aucun de ces facteurs ne se rapporte de façon réaliste à ce qui s'est effectivement produit lors de la prétendue agression sexuelle. Ils ne sont donc pas susceptibles d'appuyer une défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

Ce qui est pertinent relativement à une éventuelle défense de croyance sincère mais erronée est le récit des événements qui se sont déroulés dans la chambre à coucher, ainsi que toute information supplémentaire qui explique pourquoi l'intimé aurait pu sincèrement, à l'époque, interpréter ces événements comme traduisant un consentement. Dans certains cas, la preuve d'actes sexuels antérieurs entre les deux parties peut être pertinente à cet égard. Ici, toutefois, les différences entre la prétendue agression et les actes qui ont eu lieu lors de la rencontre survenue treize jours auparavant ne peuvent que conduire à la conclusion que la preuve de cette rencontre n'était ni pertinente relativement à la croyance sincère, chez l'accusé, que la plaignante était consentante au moment de l'agression, ni susceptible de justifier cette croyance.

De plus, dans la présente affaire, le témoignage de l'intimé n'expose que très sommairement les événements survenus dans la chambre à coucher. Il affirme que la plaignante a participé volontairement, que sa résistance concernait simplement le moment d'utiliser le condom, et que [TRADUCTION] «plus ça allait, plus l'atmosphère se réchauffait», ce qui l'a amené à éjaculer sur le ventre de la plaignante. Il prétend qu'ils n'ont même pas eu de

vigorously resisted him, both verbally, by saying repeatedly "No Darryl" and "I don't want this", and physically. His strength and considerably greater weight, however, were too much for her and caused her then to go into a state of shock, during which he penetrated her.

There is nothing in the totality of this evidence, coming from either the respondent or the complainant, to lend any air of reality to the possibility that the respondent may have held a mistaken belief as to her consent. Nor, for that matter, would it have been possible for a reasonable jury to splice together some of her evidence and some of his with respect to the encounter, and to settle upon a reasonably coherent set of facts that could support the defence of mistaken belief in consent. A reasonable jury, properly instructed and acting judiciously, could not come to a conclusion both that the complainant did not consent to the sexual activity and that the respondent could have had a mistaken belief about her non-consent. For all of these reasons, the trial judge was correct in refusing to put the defence of mistake of fact to the jury.

As such, I would allow the Crown's appeal and restore the conviction.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. — I have read the reasons for judgment written by my colleagues the Chief Justice and Justice L'Heureux-Dubé and agree with the disposition of the appeal proposed by them. While I agree with many of the comments of L'Heureux-Dubé J. with respect to the defence of honest but mistaken belief in consent, in my view it is unnecessary and undesirable to attempt to exhaustively define the constituents of the defence in this case. As my colleague properly observes in her reasons, it is a simpler task to delimit the absence of an air of reality than to define in law its constituent components. The reason is that determining whether an air of reality exists involves an examination of the

relations sexuelles. Par contre, la plaignante dit lui avoir résisté énergiquement, tant verbalement, en répétant plusieurs fois [TRADUCTION] «Non, Darryl!» et [TRADUCTION] «Je ne veux pas», que physiquement. Sa force et son poids nettement supérieur ont toutefois eu raison d'elle et elle est alors tombée dans un état de choc pendant lequel il l'a pénétrée.

Rien dans l'ensemble de cette preuve, qu'il s'agisse du témoignage de l'intimé ou de celui de la plaignante, ne confère la moindre vraisemblance à la possibilité que l'intimé ait pu croire à tort que la plaignante était consentante. D'ailleurs, un jury raisonnable n'aurait pas pu combiner des éléments du témoignage de la plaignante et du témoignage de l'intimé concernant l'incident, de manière à constituer un ensemble relativement cohérent de faits susceptibles d'appuyer la défense de croyance erronée au consentement. Un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant judicieusement, ne pourrait conclure à la fois que la plaignante n'a pas consenti à l'acte sexuel et que l'intimé aurait pu entretenir une croyance erronée au sujet de son non-consentement. Pour tous ces motifs, le juge du procès a eu raison de ne pas soumettre à l'appréciation du jury la défense d'erreur de fait.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi du ministère public et de rétablir le verdict de culpabilité.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — J'ai lu les motifs de jugement de mes collègues le Juge en chef et le juge L'Heureux-Dubé et je souscris à la façon dont ils proposent de trancher le pourvoi. Bien que je souscrive à un bon nombre des commentaires du juge L'Heureux-Dubé relativement à la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement, j'estime qu'il est inutile et peu souhaitable de tenter de déterminer exhaustivement les éléments constitutifs du moyen de défense invoqué en l'espèce. Comme ma collègue le fait remarquer à juste titre dans ses motifs, il est plus simple de déterminer l'absence de vraisemblance que d'en définir en droit les éléments constitutifs. S'il en est ainsi,

55

56

57

evidence in each case to ascertain whether there is evidence which, if accepted, would enable a properly instructed jury acting reasonably to acquit. Attempts to define in advance when such evidence will be present is a hazardous, and in most cases fruitless, task. Accordingly, I prefer to dispose of this case by stating briefly why such evidence does not exist in this case.

c'est que pour déterminer s'il y a vraisemblance, il faut, dans chaque cas, examiner la preuve afin de vérifier s'il existe des éléments qui, s'ils étaient acceptés, permettraient à un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement, de prononcer un acquittement. Il est dangereux, et vain dans la plupart des cas, de tenter de préciser à l'avance quand une telle preuve existera. Par conséquent, je préfère trancher le pourvoi en disant brièvement pourquoi une telle preuve n'existe pas en l'espèce.

58 The issue of the application of this defence does not arise unless the jury finds that the *actus reus* charged has been made out beyond a reasonable doubt. In this case the *actus reus* was sexual intercourse with the complainant without her consent. The jury convicted the respondent and concluded, therefore, that there was no consent to intercourse. The appropriate question in this appeal is: Was there some evidence that the respondent honestly believed that the complainant consented to intercourse? The evidence of the complainant is of no assistance to the respondent. As for the evidence of the respondent, he testified that no intercourse took place. This is inconsistent with a belief in consent to intercourse. Although less stark, the respondent's position is comparable to that of an accused who defends on the basis of mistaken identity. Accordingly, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the conviction.

La question de l'application de ce moyen de défense ne se pose que si le jury conclut que l'*actus reus* reproché est établi hors de tout doute raisonnable. Dans le présent pourvoi, l'*actus reus* consistait en des relations sexuelles avec la plaignante sans son consentement. Le jury a déclaré l'intimé coupable et a donc conclu à l'absence de consentement aux relations sexuelles. La question qu'il convient de se poser en l'espèce est la suivante: Y avait-il une preuve que l'intimé a cru sincèrement que la plaignante consentait aux relations sexuelles? Le témoignage de la plaignante n'est d'aucune utilité à l'intimé. Quant à ce dernier, il a témoigné qu'il n'y avait pas eu de relations sexuelles. Cela est inconciliable avec la croyance qu'il y avait consentement aux relations sexuelles. Bien que moins rigide, la position de l'intimé est comparable à celle de l'accusé qui invoque la défense d'erreur d'identité. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité.

The reasons of Cory, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges Cory, Iacobucci et Major rendus par

59 IACOBUCCI J. — In my view, the trial judge did not err in withholding from the jury the defence of honest but mistaken belief in consent because he was entitled to conclude that there was, in all the circumstances of the case, no air of reality to the defence. In this respect, it is noteworthy that the respondent testified that no sexual intercourse had taken place between him and the complainant. However, a report from the medical examination of the complainant was admitted into evidence as part of an agreed statement of facts, and although

LE JUGE IACOBUCCI — À mon avis, le juge du procès n'a commis aucune erreur en refusant de soumettre à l'appréciation du jury la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement puisque, compte de tenu de toutes les circonstances de l'affaire, il pouvait conclure que ce moyen de défense n'avait aucune vraisemblance. À cet égard, il convient de signaler que l'intimé a témoigné qu'il n'avait pas eu de relations sexuelles avec la plaignante. Toutefois, un rapport dressé à la suite de l'examen médical de la plaignante a été admis

the report indicated no physical injury, it noted the presence of redness on the inner labia which was consistent with either consensual or non-consensual intercourse. This was a material discrepancy between what the complainant and accused said had occurred going to the credibility of the accused's version of what happened and ultimately to the air of reality issue. In effect, the accused denied that any intercourse occurred but alternately argues that if it did occur, he thought there was consent. Under these circumstances, it makes no sense to apply the air of reality defence to such an inconsistent position.

I am also of the view that the trial judge committed no error in ruling that evidence of previous sexual activity was inadmissible. Accordingly, I would dispose of the appeal in the manner proposed by L'Heureux-Dubé J.

Appeal allowed and conviction restored.

Solicitor for the appellant: Paul C. Bourque, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Macleod Dixon, Calgary.

en preuve dans un exposé conjoint des faits, et même si ce rapport ne faisait état d'aucune lésion corporelle, il indiquait une rougeur aux petites lèvres qui pouvait résulter de relations sexuelles avec ou sans consentement. Il s'agissait là d'une contradiction importante entre la version des faits de la plaignante et celle de l'accusé, qui touchait à la crédibilité du récit de l'accusé et, en fin de compte, à la question de la vraisemblance. En effet, l'accusé a nié qu'il y avait eu des relations sexuelles, tout en faisant valoir subsidiairement que, s'il y en a eu, il a cru qu'elles étaient consensuelles. Dans ces circonstances, il n'est pas logique d'appliquer la défense de la vraisemblance à une position aussi incohérente.

Je suis également d'avis que le juge du procès n'a commis aucune erreur en déclarant inadmissible la preuve d'actes sexuels antérieurs. En conséquence, je suis d'avis de trancher le pourvoi de la manière proposée par le juge L'Heureux-Dubé.

Pourvoi accueilli et verdict de culpabilité rétabli.

Procureur de l'appelante: Paul C. Bourque, Edmonton.

Procureurs de l'intimé: Macleod Dixon, Calgary.

Sandra Florence Vout *Appellant*

v.

**Earl Hay, Carl Hay, Larry Parr and
Kenneth Parr** *Respondents*

INDEXED AS: VOUT v. HAY

File No.: 24009.

1995: January 26; 1995: June 22.

Present: La Forest, Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Wills — Validity — Undue influence — Suspicious circumstances — Testator leaving bulk of estate to unrelated friend — Family members contesting will, alleging undue influence — Will admitted into probate — Whether trial judge erred in application of doctrine of suspicious circumstances.

An 81-year-old man left a will under which the appellant was the executrix and major beneficiary. The appellant was 29 years old at the time of trial and had been a friend of the testator in the last few years of his life and had assisted him with various chores on his farm. The respondents, the surviving members of the testator's family, challenged the validity of the will. The will had been prepared by a legal secretary in the office of the appellant's parents' lawyer. The secretary testified that she had received her instructions from a woman who had telephoned several times and who identified herself as the appellant. When the appellant and the testator came to the law offices, the secretary recognized the appellant's voice as the voice on the telephone. She testified that she read the will to the testator in front of the appellant and that at some point he "hesitated". He then looked at the appellant and she stated, "Yes, that's what we discussed. That's what you decided", and he nodded to continue. The appellant testified that her involvement in the preparation of the will was only when asked, that she recommended her parents' lawyer to the testator and that she was never involved in the instructions about the will. She testified that, on the day the will was signed, she met the testator in town and went with him to the lawyer's office where she waited for him. She denied

Sandra Florence Vout *Appelante*

c.

**Earl Hay, Carl Hay, Larry Parr et Kenneth
Parr** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: VOUT c. HAY

N° du greffe: 24009.

1995: 26 janvier; 1995: 22 juin.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Testaments — Validité — Abus d'influence — Circonstances suspectes — Testateur léguant la majeure partie de ses biens à une amie n'ayant aucun lien de parenté avec lui — Contestation du testament par des membres de la famille qui allèguent l'existence d'un abus d'influence — Délivrance des lettres d'homologation du testament — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en appliquant la règle des circonstances suspectes?

Un homme de 81 ans a laissé un testament aux termes duquel l'appelante était exécutrice testamentaire et principale bénéficiaire. L'appelante était âgée de 29 ans au moment du procès; elle avait été l'amie du testateur au cours des dernières années de sa vie et lui avait prêté main-forte dans divers travaux de la ferme. Les intimés, survivants de la famille du testateur, ont contesté la validité du testament. Le testament avait été préparé par une secrétaire juridique du cabinet de l'avocat des parents de l'appelante. La secrétaire a témoigné avoir reçu des directives d'une femme qui avait téléphoné plusieurs fois et qui avait dit être l'appelante. Lorsque l'appelante et le testateur se sont présentés au cabinet, la secrétaire a reconnu la voix de l'appelante comme étant celle qu'elle avait entendue au téléphone. Elle a dit avoir fait lecture du testament au testateur en présence de l'appelante et que le testateur avait «hésité» à un moment donné. Il avait alors regardé l'appelante qui a dit: «Oui, c'est ce dont nous avons discuté. C'est ce que vous avez décidé», et il avait fait signe de continuer. L'appelante a témoigné n'avoir participé à la préparation du testament que lorsqu'on lui a demandé de le faire, avoir recommandé l'avocat de ses parents au testateur et n'avoir jamais eu rien à voir avec les directives concernant le testament. Elle a ajouté que, le jour de la signature du

phoning in any will instructions and driving the testator to the office on the day the will was signed. She explained the inconsistency between her testimony and her earlier statement by stating that she was under stress and scared. Several witnesses testified at trial as to the testator's capacity and character, which was described as being eccentric, but alert, smart, independent, determined, and not easily influenced. The will was admitted into probate. The respondents appealed, claiming that the inconsistencies in the appellant's testimony concerning events surrounding the execution of the will constituted "suspicious circumstances" sufficient to render the will invalid. The Court of Appeal set aside the judgment and ordered a new trial.

Held: The appeal should be allowed.

Where suspicious circumstances are raised, the civil standard of proof on a balance of probabilities applies. The evidence must, however, be scrutinized in accordance with the gravity of the suspicion. The suspicious circumstances may be raised by (1) circumstances surrounding the preparation of the will, (2) circumstances tending to call into question the capacity of the testator, or (3) circumstances tending to show that the free will of the testator was overborne by acts of coercion or fraud. Although the propounder of the will has the legal burden with respect to due execution, knowledge and approval, and testamentary capacity, the propounder is aided by a rebuttable presumption. Upon proof that the will was duly executed with the requisite formalities, after having been read over to or by a testator who appeared to understand it, it will generally be presumed that the testator knew and approved of the contents and had the necessary testamentary capacity. Where suspicious circumstances are present, then the presumption is spent and the propounder of the will reassumes the legal burden of proving knowledge and approval. In addition, if the suspicious circumstances relate to mental capacity, the propounder of the will reassumes the legal burden of establishing testamentary capacity. Both of these issues must be proved in accordance with the civil standard. While it might have been simpler to apply the same principles to the issue of fraud and undue influence so as to cast the legal burden onto the propounder in the presence of suspicious circumstances as to that issue, it is a firmly entrenched principle that fraud and undue influence are to be treated as an affirmative defence to be raised by those attacking the will. Suspicious con-

testament, elle a rencontré le testateur en ville et s'est rendue avec lui au cabinet de l'avocat où elle l'a attendu. L'appelante a nié avoir donné des directives testamentaires par téléphone et avoir conduit le testateur en voiture au cabinet le jour où le testament a été signé. Invitée à expliquer les contradictions entre son témoignage et sa déclaration antérieure, elle a répondu qu'elle avait parlé sous l'effet de la pression et de la peur. Plusieurs témoins ont déposé au procès quant à la capacité et au tempérament du testateur, qu'ils ont décrit comme une personne excentrique, mais alerte, intelligente, indépendante, déterminée et difficilement influençable. Les lettres d'homologation du testament ont été délivrées. Les intimés ont interjeté appel en alléguant que les incohérences du témoignage de l'appelante quant aux événements ayant entouré la passation du testament constituaient des «circonstances suspectes» suffisantes pour le rendre invalide. La Cour d'appel a annulé le jugement et ordonné un nouveau procès.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Lorsque l'existence de circonstances suspectes est alléguée, c'est la norme civile de preuve selon la prépondérance des probabilités qui s'applique. Les éléments de preuve doivent, toutefois, être examinés en fonction de la gravité des soupçons. Les circonstances suspectes peuvent être (1) des circonstances ayant entouré la préparation du testament, (2) des circonstances tendant à mettre en doute la capacité du testateur, ou (3) des circonstances tendant à montrer que la volonté du testateur a été dominée par la contrainte ou la fraude. Bien que ce soit à la partie qui demande l'homologation du testament qu'incombe le fardeau ultime de prouver la passation régulière, la connaissance et l'approbation ainsi que la capacité de tester, cette partie peut compter sur une présomption réfutable. Une fois qu'il est établi que la passation du testament s'est déroulée suivant les formalités requises, après lecture au testateur ou par lui de l'acte qu'il paraissait comprendre, on présumera généralement que le testateur connaissait et approuvait sa teneur et qu'il avait la capacité voulue pour tester. En présence de circonstances suspectes, la présomption disparaît et c'est à nouveau à la personne qui demande l'homologation du testament qu'incombe le fardeau ultime de prouver la connaissance et l'approbation. En outre, si les circonstances suspectes se rattachent à la capacité mentale, cette personne assume encore le fardeau ultime d'établir la capacité de tester. La preuve de ces deux questions doit être faite selon la norme civile. Même s'il aurait peut-être été plus simple d'appliquer les mêmes principes à la question de la fraude et de l'abus d'influence, de façon à ce qu'en présence de circonstances suspectes à cet égard, le fardeau

cerning the presence of fraud or undue influence do no more than rebut the presumption of knowledge and approval and testamentary capacity, and require the proponent of the will to prove these matters. The burden of proof, however, with respect to fraud and undue influence remains with those attacking the will.

The Court of Appeal clearly erred in allowing the appeal on the ground that the trial judge failed to deal properly with the issue of suspicious circumstances "which would cast the burden on the [appellant proponent of the will] of disproving undue influence". Moreover, the trial judge did consider the issue of suspicious circumstances. While it would have been preferable for him to have made express findings with respect to the discrepancies in the evidence, in particular as to whether the instructions for the will had been given by the appellant, he scrutinized the evidence to the degree required. The trial judge did not make any error of law or commit any palpable or overriding error with respect to the facts.

Cases Cited

Referred to: *Barry v. Butlin* (1838), 2 Moo. P.C. 480, 12 E.R. 1089; *Re Martin*; *MacGregor v. Ryan*, [1965] S.C.R. 757; *Tyrrell v. Panton*, [1894] P. 151; *Craig v. Lamoureux*, [1920] A.C. 349; *Riach v. Ferris*, [1934] S.C.R. 725.

Statutes and Regulations Cited

Succession Law Reform Act, R.S.O. 1990, c. S.26 (formerly R.S.O. 1980, c. 488).

Authors Cited

Macdonell, Ian McLean. *Macdonell, Sheard and Hull on Probate Practice*, 3rd ed. By Rodney Hull and Maurice C. Cullity. Toronto: Carswell, 1981.

Wright, Cecil A. "Wills — Testamentary Capacity — 'Suspicious Circumstances' — Burden of Proof" (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 405.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, [1993] O.J. No. 3124 (QL), allowing

ultime incombe à la partie qui demande l'homologation, il est fermement établi que la fraude et l'abus d'influence doivent être considérés comme un moyen positif qui doit être soulevé par la partie qui attaque le testament. Les soupçons de fraude ou d'abus d'influence ne font que réfuter la présomption de connaissance, d'approbation et de capacité de tester, et obligent la partie qui demande l'homologation du testament à en faire la preuve. Cependant, le fardeau de prouver la fraude et l'abus d'influence continue d'incomber à la partie qui attaque le testament.

La Cour d'appel a manifestement commis une erreur en accueillant l'appel pour le motif que le juge de première instance n'avait pas examiné adéquatement la question des circonstances suspectes «qui imposeraient à [l'appelante qui demande l'homologation du testament] le fardeau de prouver l'absence d'abus d'influence». De plus, le juge de première instance a bel et bien examiné la question des circonstances suspectes. Même s'il aurait été préférable qu'il formule des conclusions expresses quant aux divergences de la preuve et, en particulier, quant à la question de savoir si l'appelante avait donné des directives concernant le testament, il a procédé à un examen adéquat de la preuve. Le juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit, ni aucune erreur manifeste ou dominante quant aux faits.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Barry c. Butlin* (1838), 2 Moo. P.C. 480, 12 E.R. 1089; *Re Martin*; *MacGregor c. Ryan*, [1965] R.C.S. 757; *Tyrrell c. Panton*, [1894] P. 151; *Craig c. Lamoureux*, [1920] A.C. 349; *Riach c. Ferris*, [1934] R.C.S. 725.

Lois et règlements cités

Loi portant réforme du droit des successions, L.R.O. 1990, ch. S.26 (auparavant L.R.O. 1980, ch. 488).

Doctrine citée

Macdonell, Ian McLean. *Macdonell, Sheard and Hull on Probate Practice*, 3rd ed. By Rodney Hull and Maurice C. Cullity. Toronto: Carswell, 1981.

Wright, Cecil A. «Wills — Testamentary Capacity — "Suspicious Circumstances" — Burden of Proof» (1938), 16 *R. du B. can.* 405.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, [1993] O.J. No. 3124 (QL), qui a

the respondents' appeal from a decision of Byers J., [1990] O.J. No. 2538 (QL), admitting a will into probate. Appeal allowed.

Joseph M. Steiner and Stephen Lamont, for the appellant.

William E. Baker, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J. —

Facts

On June 26, 1988, Clarence Hay, the testator, was murdered. The murder has nothing to do with the wills issues raised by this appeal, and evidence was led at trial that an individual unconnected with this case has been convicted of the murder. The deceased was 81 years old, unmarried, and lived alone on his farm which he actively farmed in an old-fashioned manner with horses. He left a will dated July 11, 1985. His estate was said to be worth approximately \$320,000. The appellant, Vout, was the major beneficiary under the will. She was appointed executrix and one farm was given to her and another to a nephew of the testator. The respondent Carl Hay, a brother of the deceased, was given \$1,000 and seven nephews and nieces of the deceased were given \$3,000 each. Vout was the residual beneficiary. Vout was 29 years old at the time of trial and is unrelated to the deceased, but had been his friend in the last few years of his life and had assisted the testator with various chores on the farm. There were no allegations of a sexual relationship between Vout and the testator.

The respondents, the surviving members of the Hay family, challenged the validity of the will and put forward a will, dated April 26, 1966, in which the testator left everything to his brother Earl Hay and his sister Florence Parr, now deceased, in equal shares. The trial was held before Byers J. of the Ontario Court (General Division), and there

accueilli l'appel des intimés contre la décision du juge Byers, [1990] O.J. No. 2538 (QL), de délivrer les lettres d'homologation d'un testament. Pourvoi accueilli.

Joseph M. Steiner et Stephen Lamont, pour l'appelante.

William E. Baker, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA —

Les faits

Clarence Hay, le testateur, a été assassiné le 26 juin 1988. Le meurtre n'a aucun rapport avec les questions de testament soulevées dans ce pourvoi et, selon la preuve présentée au procès, c'est une personne non reliée à la présente affaire qui en a été déclarée coupable. Le défunt, un célibataire de 81 ans, vivait seul dans sa ferme qu'il exploitait à l'ancienne avec des chevaux. Il a laissé un testament daté du 11 juillet 1985. La valeur de sa succession a été estimée à environ 320 000 \$. L'appellante, M^{me} Vout, désignée exécutrice testamentaire, est la principale bénéficiaire du testament. Elle a reçu une ferme, une autre allant à un neveu du testateur. L'intimé, Carl Hay, frère du défunt, a reçu 1 000 \$ tandis que sept neveux et nièces du défunt ont reçu 3 000 \$ chacun, M^{me} Vout étant bénéficiaire du reliquat. Madame Vout était âgée de 29 ans au moment du procès et n'a aucun lien de parenté avec le défunt. Cependant, elle avait été son amie au cours des dernières années de sa vie et lui avait prêté main-forte dans divers travaux de la ferme. Il n'y a eu aucune allégation de relations sexuelles entre elle et le testateur.

Les intimés, survivants de la famille Hay, ont contesté la validité du testament et en ont produit un autre en date du 26 avril 1966, dans lequel le testateur laissait tous ses biens, à parts égales, à son frère Earl Hay et à sa sœur Florence Parr, maintenant décédée. Au cours du procès qui s'est déroulé devant le juge Byers de la Cour de l'Onta-

was conflicting evidence as to Vout's involvement in the preparation and execution of the will.

3 The evidence revealed that the will was prepared by a legal secretary in the office of Vout's parents' lawyer. One secretary drew the will, and she and another secretary witnessed its execution. No lawyer was involved in the preparation and execution of the will and no record or file was kept. The secretaries gave evidence only from their memory of the execution of the will and their evidence differed as to where in the lawyer's offices the will was signed. One secretary testified that the will was properly signed and that the reading and signing occurred in the secretaries' office.

4 The secretary who prepared the will, Lois Clark, testified on cross-examination that she had received her instructions from a woman who identified herself as Vout. The woman telephoned several times but the witness did not recall whether the instructions were received by telephone or by an attendance at the office. When Vout and the testator came to the law offices, Clark recognized Vout's voice as the voice on the telephone. Clark testified that she read the will to the testator in the waiting room in front of Vout. On cross-examination, Clark stated that the testator at some point during the reading of the will "hesitated" and she agreed to the statement that "he had a quizzical look on his face". Clark agreed that she stopped reading and then:

Q. And what happened then?

A. He looked at me, and I looked at him, and up at Sandra, he looked at Sandra and she stated, "Yes, that's what we discussed. That's what you decided", and he nodded to go on, to continue.

The secretary finished reading the will and the deceased signed it in the waiting room on his lap. An affidavit of execution was executed, swearing that the will was executed in the presence of Clark

rio (Division générale), une preuve contradictoire a été présentée concernant la participation de M^{me} Vout à la préparation et à la passation du testament.

Il ressort de la preuve que le testament a été préparé par une secrétaire juridique du cabinet de l'avocat des parents de M^{me} Vout. Une secrétaire a rédigé le testament et a été témoin de sa passation en compagnie d'une autre secrétaire. Aucun avocat n'a participé à la préparation et à la passation du testament et aucun registre ou dossier n'en fait état. Les témoignages des secrétaires reposent sur leurs seuls souvenirs de la passation du testament et ils divergent quant à l'endroit exact du cabinet où le testament a été signé. L'une des secrétaires a déclaré que le testament avait été dûment signé et que la lecture et la signature avaient eu lieu dans le secrétariat.

La secrétaire qui a préparé le testament, Lois Clark, a déclaré en contre-interrogatoire avoir reçu des directives d'une femme disant être M^{me} Vout. Cette femme a téléphoné plusieurs fois, mais le témoin ne se souvenait pas si les directives lui avaient été communiquées par téléphone ou au bureau. Lorsque M^{me} Vout et le testateur se sont présentés au cabinet, M^{me} Clark a reconnu la voix de M^{me} Vout comme étant celle qu'elle avait entendue au téléphone. Madame Clark a dit avoir fait lecture du testament au testateur dans la salle d'attente, en présence de M^{me} Vout. Madame Clark a indiqué, en contre-interrogatoire, que le testateur avait [TRADUCTION] «hésité» à un moment donné au cours de la lecture du testament, et elle a souscrit à l'affirmation qu'[TRADUCTION] «il avait l'air perplexe». Elle a reconnu avoir suspendu sa lecture et alors:

[TRADUCTION]

Q. Et qu'est-il arrivé ensuite?

R. Il m'a regardée, puis je l'ai regardé et j'ai regardé Sandra, il a regardé Sandra et elle a dit: «Oui, c'est ce dont nous avons discuté. C'est ce que vous avez décidé», et il a fait signe de continuer.

La secrétaire a terminé la lecture du testament et le défunt l'a signé sur ses genoux dans la salle d'attente. Puis on a procédé à la signature d'un affidavit dans lequel il était affirmé sous serment que le

and the other secretary, who, both present at the same time, and in the presence of the testator, had attested and subscribed the will as witnesses. The secretary also testified that Vout requested that the account in connection with the preparation of the will not be sent to the farm and that Vout came into the office and paid the bill.

Vout testified that she only became involved in the preparation of the will when asked, that she recommended her parents' lawyer to the deceased and that she was never involved in the instructions about the will, although the deceased did tell her some months before the execution of the will that she would get one of his farms. She testified that, on the day the will was signed, she met the deceased in town and went with him to the lawyer's office where she waited for him. She did not know what the deceased was doing. The appellant denied phoning in any will instructions and driving the deceased to the office on the day the will was signed. Vout testified that she had paid the legal bill with money given to her by the testator but denied having requested that the bill not be sent to the testator's farm.

The appellant, who was interviewed as a murder suspect on July 6, 1988, told the police that, on the day the will was signed, she gave the deceased a ride to town and that he went into the lawyer's office by himself. The appellant explained the inconsistency between her testimony and her statement to the police by stating that she was under stress and scared. The appellant's response when asked why the deceased would leave so much of his estate to her was that she supposed it was because he was fond of her.

Several witnesses testified at trial as to the testator's capacity and character, which was described as being eccentric, but alert, smart, independent, determined, and not easily influenced.

Members of the Hay family testified as to their close contact with the testator and their general

testament a été passé en présence de M^{me} Clark et de l'autre secrétaire, lesquelles ont, en même temps et en présence du testateur, souscrit le testament à titre de témoins instrumentaires. La secrétaire a également témoigné que M^{me} Vout avait demandé de ne pas envoyer à la ferme le compte relatif à la préparation du testament, et qu'elle est venue le payer au cabinet.

Madame Vout a témoigné n'avoir participé à la préparation du testament que lorsqu'on lui a demandé de le faire, avoir recommandé l'avocat de ses parents au défunt et n'avoir jamais eu rien à voir avec les directives concernant le testament, quoique le défunt lui ait dit, quelques mois avant la passation du testament, qu'il lui léguerait une de ses fermes. Elle a ajouté que, le jour de la signature du testament, elle a rencontré le défunt en ville et s'est rendue avec lui au cabinet de l'avocat où elle l'a attendu. Elle ne savait pas ce qu'il y faisait. L'appelante a nié avoir donné des directives testamentaires par téléphone et avoir conduit le défunt en voiture au cabinet le jour où le testament a été signé. Madame Vout a dit qu'elle avait payé le compte de l'avocat avec l'argent que lui avait remis le testateur, tout en niant avoir demandé de ne pas l'envoyer à la ferme.

Le 6 juillet 1988, alors qu'elle était interrogée à titre de personne soupçonnée de meurtre, l'appelante a déclaré à la police que, le jour de la signature du testament, elle avait amené le défunt en ville et qu'il s'était rendu seul au cabinet d'avocat. Invitée à expliquer les contradictions entre son témoignage et sa déclaration à la police, elle a répondu qu'elle avait parlé sous l'effet de la pression et de la peur. Quant on lui a demandé pourquoi le défunt lui avait laissé une aussi grande part de ses biens, elle a répondu que c'était probablement à cause de l'affection qu'il avait pour elle.

Plusieurs témoins ont déposé au procès quant à la capacité et au tempérament du testateur, qu'ils ont décrit comme une personne excentrique, mais alerte, intelligente, indépendante, déterminée et difficilement influençable.

Les membres de la famille Hay ont, quant à eux, souligné les rapports étroits qu'ils entretenaient

5

6

7

8

lack of knowledge of a relationship between Vout and the testator.

avec le testateur ainsi que leur ignorance générale de l'existence d'une relation entre ce dernier et M^{me} Vout.

9 On November 13, 1990, Byers J. admitted the will into probate: [1990] O.J. No. 2538 (QL). The respondents appealed to the Ontario Court of Appeal, claiming that the inconsistencies in Vout's testimony concerning events surrounding the execution of the will constituted "suspicious circumstances" sufficient to render the will invalid. On December 22, 1993, the Court of Appeal allowed the respondents' appeal, set aside the judgment and ordered a new trial: [1993] O.J. No. 3124 (QL).

Le juge Byers a délivré les lettres d'homologation du testament le 13 novembre 1990: [1990] O.J. No. 2538 (QL). Les intimés ont interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, en alléguant que les incohérences du témoignage de M^{me} Vout quant aux événements ayant entouré la passation du testament constituaient des «circonstances suspectes» suffisantes pour le rendre invalide. Le 22 décembre 1993, la Cour d'appel a accueilli l'appel des intimés, annulé le jugement et ordonné un nouveau procès: [1993] O.J. No. 3124 (QL).

Judgments Below

Les juridictions inférieures

A. Ontario Court (General Division)

A. Cour de l'Ontario (Division générale)

10 Byers J. found that the deceased was "old and eccentric, but alert, smart, independent, determined, and most important, not easily influenced". He also found that Vout and the testator had a relationship "of some sort". He accepted Vout's evidence that she and the testator were good friends, that she helped him on the farm with chores and spent time with him. Byers J. also accepted the Hay family's evidence that, apart from Carl Hay, they had never met Vout and did not know she existed until the day of the funeral. The testator had concealed, or at least not advertised Vout to other members of his family.

Le juge Byers a conclu que le défunt était un [TRADUCTION] «vieillard excentrique, mais alerte, intelligent, indépendant, déterminé et, qui plus est, difficilement influençable». Il a également conclu à l'existence d'«une sorte» de relation entre lui et M^{me} Vout. Il a accepté le témoignage de cette dernière en ce qui a trait à l'amitié qui les unissait, à l'aide qu'elle lui a fournie dans les travaux de la ferme et au temps qu'elle lui a consacré. Le juge Byers a également accepté le témoignage des membres de la famille Hay suivant lequel, hormis Carl Hay, ils n'avaient jamais rencontré M^{me} Vout et en avaient même ignoré l'existence jusqu'au jour des funérailles. Le testateur avait caché cette relation ou, du moins, n'en avait pas parlé aux autres membres de sa famille.

11 Byers J. noted the suspicious circumstances raised by the Hay family: the testator went to the lawyer recommended by Vout, Vout's lies were suspicious, and Vout was present and coaching the testator during execution of the will. Nonetheless, he held that:

Le juge Byers a pris acte des circonstances suspectes relevées par la famille Hay: le fait que le testateur ait consulté l'avocat recommandé par M^{me} Vout, les mensonges de celle-ci qui éveillaient des soupçons, le fait qu'elle était là à conseiller le testateur pendant la passation du testament. Il est néanmoins arrivé à la conclusion suivante:

The hard reality is that the Hay family simply cannot accept that Clarence Hay might really have intended to leave a large portion of his estate to someone outside of the family, nor can they comprehend why he might want to do that.

[TRADUCTION] La dure réalité, c'est que la famille Hay ne peut tout simplement pas accepter que Clarence Hay ait pu effectivement vouloir laisser une grande part de ses biens à une étrangère, pas plus qu'ils ne peuvent comprendre les raisons qui ont pu l'inciter à agir ainsi.

... Clarence Hay was self-reliant and independent, was not easily influenced, lived alone and visited all members of the Hay family regularly, and he was all these things both before and for three years following the execution of the Will.

Byers J. accepted the evidence that the will was prepared by a legal secretary and witnessed by her and another secretary and that the lawyer was not involved. Nonetheless, the evidence of the telephone instructions and exactly when the will was executed was not "as satisfactory as one might hope". He concluded that:

But this was a one-man law firm, and I am, quite frankly, surprised that the secretaries remember any particulars. But the secretaries testified under oath that the formalities of execution were carried out, and I accept that evidence. Both secretaries seemed satisfied that at that time Clarence Hay had the necessary mental capacity to sign. In the absence of any evidence whatsoever to the contrary, and in fact in the presence of overwhelming evidence as to Clarence Hay's excellent mental and physical condition, I accept that he did in fact have the necessary mental capacity.

Vout had some influence on the testator and he "may well have been somewhat captivated by her" or "they may have been simply friends and she was a person whom he wished to benefit in his Will". No doubt, Vout wanted that benefit and she had been in the office when the will was executed. The testator's motives, however, were immaterial:

I should not speculate on what motivated Clarence Hay to benefit Sandra Vout, so long as his motives were his own. The Will itself recognizes the existence of the entire Hay family and the various family members in it and their relationships to Clarence Hay. . . . [The Hay family's] suspicions were not grounded at all, let alone well-grounded on the circumstances surrounding the preparation and execution of the Will. Those circumstances had not yet been revealed. I am well-satisfied that the suspicious circumstances described in the cases . . . are not present in this case. Even if they were, when looked at in the broader context of the evidence

... Clarence Hay était un être autonome et indépendant, difficilement influençable, qui vivait seul et rendait régulièrement visite à tous les membres de la famille Hay et tout cela, tant avant que trois ans après la passation du testament.

Le juge Byers a accepté la preuve voulant que le testament ait été préparé par une secrétaire juridique qui a été témoin de sa passation en compagnie d'une autre secrétaire, sans aucune participation de la part de l'avocat. Néanmoins, la preuve relative aux directives par téléphone et au moment exact de la passation du testament n'a pas été [TRADUCTION] «aussi satisfaisante qu'on aurait pu l'espérer». Il a conclu ceci:

[TRADUCTION] Mais ce cabinet n'était constitué que d'un seul avocat et, à vrai dire, je suis même étonné que les secrétaires se souviennent de détails. Mais celles-ci ont déclaré sous serment que les formalités de la passation avaient été respectées et j'accepte leur témoignage. Elles ont toutes deux paru convaincues que Clarence Hay avait la capacité mentale nécessaire pour signer. En l'absence de toute preuve contraire et, en fait, en présence d'une preuve écrasante quant à l'excellente condition mentale et physique de Clarence Hay, je conviens que celui-ci avait effectivement la capacité mentale requise.

Madame Vout a exercé une certaine influence sur le testateur et il [TRADUCTION] «se peut fort bien qu'il ait été en quelque sorte sous son charme» ou encore qu'«ils aient été simplement amis et qu'il ait voulu l'avantager dans son testament». Il ne fait aucun doute que M^{me} Vout voulait être ainsi avantagée et qu'elle se trouvait dans le cabinet lors de la passation du testament. Les motifs du testateur n'étaient toutefois pas pertinents:

[TRADUCTION] Je ne devrais pas conjecturer sur ce qui a motivé Clarence Hay à avantager Sandra Vout, dans la mesure où ses motifs étaient bien les siens. Le testament lui-même reconnaît l'existence de toute la famille Hay, de ses différents membres et de leurs rapports avec Clarence Hay. [. . .] Les soupçons [de la famille Hay] n'étaient nullement justifiés, particulièrement en ce qui a trait aux circonstances ayant entouré la préparation et la passation du testament. Ces circonstances n'étaient pas encore connues. Je suis convaincu que les circonstances suspectes décrites dans la jurisprudence [. . .] n'existent pas en l'espèce. Et même si elles existaient,

12

13

both before and after the Will was executed, then the suspicion has been removed.

In my view Clarence Hay made his Will exactly the way he intended. He did have testamentary capacity; it was duly executed and there has been no undue influence. The Will will therefore be admitted to probate.

B. *Ontario Court of Appeal*

14 The court (Blair, Osborne and Doherty JJ.A.) held, in the following short reasons, that:

There were serious discrepancies between the evidence given at trial by the respondent [Vout], the principal beneficiary named in the disputed will, and her previous statements to the police as well as the evidence given at trial by employees of the law office where the will was executed with respect to the circumstances surrounding the making of the will. The trial judge did not attempt to resolve these discrepancies because he was of the view that the deceased was fully competent mentally when he signed the will. In our respectful opinion he erred in basing his decision entirely on the mental competence of the deceased. He failed to consider properly the equally important issue of whether there had been suspicious circumstances surrounding the execution of the will which would cast the burden on the respondent [Vout] of disproving undue influence.

We have therefore concluded that a new trial is necessary. The appeal is allowed, a new trial is directed.

Issues

1. Suspicious Circumstances. Did the trial judge or Court of Appeal err in their application of the doctrine of suspicious circumstances in the context of determining the validity of the will?
2. Formalities of Execution. Did the trial judge err in finding that the will had been properly executed?
3. Appellate Review of Findings of Fact. Did the Court of Appeal err in overruling the trial judge's

les soupçons seraient dissipés compte tenu du contexte plus général de la preuve avant et après la passation du testament.

À mon avis, Clarence Hay a fait son testament exactement comme il l'entendait. Il avait la capacité de tester; le testament a été passé régulièrement et il n'y a eu aucun abus d'influence. Les lettres d'homologation du testament seront donc délivrées.

B. *Cour d'appel de l'Ontario*

Dans les brefs motifs qu'elle a exposés, la cour (les juges Blair, Osborne et Doherty) conclut ceci:

[TRADUCTION] Il existe, sur le plan des circonstances ayant entouré le testament, d'importantes divergences entre le témoignage que l'intimée [M^{me} Vout], la principale bénéficiaire désignée dans le testament contesté, a fait au procès, ses déclarations antérieures à la police et les dépositions, au procès, des employés du cabinet où a eu lieu la passation du testament. Le juge de première instance n'a pas tenté de résoudre ces divergences parce qu'il était d'avis que le défunt jouissait de toutes ses facultés mentales au moment où il a signé le testament. À notre avis, il a commis une erreur en fondant sa décision entièrement sur la capacité mentale du défunt. Il n'a pas bien pris en considération la question tout aussi importante de savoir si la passation du testament s'était faite dans des circonstances suspectes qui imposeraient à l'intimée [M^{me} Vout] le fardeau de prouver l'absence d'abus d'influence.

Nous avons donc conclu qu'un nouveau procès s'impose. L'appel est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Les questions en litige

1. Les circonstances suspectes. Le juge de première instance ou la Cour d'appel ont-ils commis une erreur en appliquant la règle des circonstances suspectes dans le contexte de la détermination de la validité du testament?
2. Les formalités de passation. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en concluant que le testament avait été passé régulièrement?
3. L'examen des conclusions de fait. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en infirmant les

findings of fact in the absence of an overriding or palpable error on the part of the trial judge?

The first issue is the central one in this appeal and is the issue to which most of the following is directed. The second and third issues are incidental to the main issue and I will deal with them very briefly.

Analysis

Suspicious Circumstances

The Court of Appeal held that the trial judge had failed to properly consider the important issue of suspicious circumstances surrounding the execution of the will which, in their view, would cast the burden of disproving undue influence on the appellant Vout. The interrelation of suspicious circumstances, testamentary capacity and undue influence has perplexed both the courts and litigants since the leading case of *Barry v. Butlin* (1838), 2 Moo. P.C. 480, 12 E.R. 1089. Writing a case comment in the *Canadian Bar Review* in 1938 (Vol. XVI, at p. 405) entitled "Wills — Testamentary Capacity — 'Suspicious Circumstances' — Burden of Proof", Dr. Cecil A. Wright observed, at p. 406:

Although superficially simple, problems involved in litigation concerning the establishment of a deceased person's will against attacks of lack of testamentary capacity, fraud and undue influence, are, in the writer's opinion, second to none in difficulty. While the Chief Justice of Canada has recently said in an appeal involving these questions that "the law is well established and well known" [*Riach v. Ferris*, [1934] S.C.R. 725, at p. 726], the fact remains that judgments dealing with litigation of this kind abound in language that is hazy, obscure, and extremely difficult to reconcile. While paragraphs can be taken from judgments setting out in convenient form an exposition of the existing law, it is an altogether different matter to apply that law to a given set of facts.

It is apparent from the following exchange during the course of the trial of this action that the role

conclusions de fait du juge de première instance en l'absence d'erreur manifeste ou dominante de la part de ce dernier?

La première question est celle qui se pose principalement dans ce pourvoi et sur laquelle porte la majeure partie de ce qui suit. Quant aux deuxième et troisième questions, elles sont accessoires à la question principale et je vais les examiner très brièvement.

Analyse

Circonstances suspectes

La Cour d'appel a conclu que le juge de première instance n'a pas bien pris en considération l'importante question des circonstances suspectes entourant la passation du testament, qui, à son avis, imposeraient à l'appelante, Mme Vout, le fardeau de prouver l'absence d'abus d'influence. La corrélation des circonstances suspectes, de la capacité de tester et de l'abus d'influence embarrasse les tribunaux et plaideurs depuis l'arrêt de principe *Barry c. Butlin* (1838), 2 Moo. P.C. 480, 12 E.R. 1089. Dans un commentaire d'arrêt publié dans la *Revue du Barreau canadien* en 1938 (vol. XVI, à la p. 405) et intitulé «Wills — Testamentary Capacity — "Suspicious Circumstances" — Burden of Proof», Cecil A. Wright fait observer ceci, à la p. 406:

[TRADUCTION] Malgré leur apparente simplicité, les problèmes qui se posent dans les litiges concernant l'établissement de la validité du testament d'un défunt face à des allégations d'absence de capacité de tester, de fraude et d'abus d'influence présentent, de l'avis de l'auteur, un degré de difficulté inégalé. Bien que le Juge en chef du Canada ait, dans un pourvoi récent portant sur ces questions, fait valoir que «les règles de droit sont bien établies et bien connues» [*Riach c. Ferris*, [1934] R.C.S. 725, à la p. 726], il reste que les jugements en la matière sont souvent nébuleux, obscurs et extrêmement difficiles à concilier. S'il est possible d'en extraire des passages où les règles de droit existantes sont bien exposées, il en va tout autrement lorsqu'il s'agit d'appliquer ces règles à un ensemble de faits donné.

Comme en témoigne l'échange suivant survenu au cours de l'audition de la présente affaire, le rôle

15

16

17

of suspicious circumstances is continuing to trouble both trial courts and counsel:

THE COURT: Well I remember some of those cases about suspicious circumstances and the attempt to make a distinction between that and undue influence, but I must confess I never understood them. It always seemed to me that . . .

MR. HULL: It's all wrapped up in a ball of wax.

THE COURT: How did this will get signed? What did this fellow know when he signed it? Who was present when he signed it? That seems to me, are the factual things you want to find out about.

MRS. BURNS: Yes, but undue influence is separate from suspicious circumstances. If you want to get into suspicious circumstances you allege that with the undue influence.

MR. HULL: I've never done it, Your Honour.

THE COURT: She says your book says you're supposed to. [Rodney Hull, Q.C., "Contested Wills and Proof in Solemn Form" (1979), 5 *Est. & Tr. Q.* 49, at p. 57.]

MR. HULL: Well it's wrong.

MRS. BURNS: Your Honour, this is repeated in the Bar Admissions course.

MR. HULL: It's all copied out of that article.

MRS. BURNS: That's right.

MR. HULL: If I'm wrong once, I'm wrong a hundred times.

des circonstances suspectes continue d'embarrasser les tribunaux de première instance et les avocats:

[TRADUCTION]

LA COUR: Je me souviens de certaines de ces causes portant sur les circonstances suspectes et sur la tentative d'établir une distinction entre ces circonstances et l'abus d'influence, mais je dois avouer que leur sens m'a toujours échappé. Il m'a toujours semblé que . . .

M^e HULL: C'est un méli-mélo.

LA COUR: Comment ce testament a-t-il été signé? Que savait cet homme quand il l'a signé? Qui était présent quand il l'a signé? Voilà, me semble-t-il, les faits qu'il faut établir.

M^e BURNS: Oui, mais l'abus d'influence est distinct des circonstances suspectes. Si vous voulez alléguer des circonstances suspectes, vous devez aussi alléguer l'abus d'influence.

M^e HULL: Je ne l'ai jamais fait, Votre Honneur.

LA COUR: Elle dit que votre livre dit que vous êtes censé le faire. [Rodney Hull, c.r., «Contested Wills and Proof in Solemn Form» (1979), 5 *Est. & Tr. Q.* 49, à la p. 57.]

M^e HULL: Eh bien, c'est faux.

M^e BURNS: Votre Honneur, c'est repris dans le cours d'admission au barreau.

M^e HULL: Tout est tiré de cet article.

M^e BURNS: C'est exact.

M^e HULL: Si j'ai tort une fois, j'ai tort cent fois.

18 The Order for Directions provided as follows:

1. Sandra Florence Vout affirms, and Earl Hay and Carl Hay deny that the Will of the said deceased, dated the 11th day of July, 1985, was duly executed.

2. Sandra Florence Vout affirms, and Earl Hay and Carl Hay deny that at the time of executing the said Will, the said deceased had testamentary capacity.

3. Earl Hay and Carl Hay affirm, and Sandra Florence Vout denies that the deceased was procured to execute the said Will by undue influence.

L'ordonnance d'instructions prévoyait ceci:

[TRADUCTION]

1. Sandra Florence Vout affirme, ce que nient Earl Hay et Carl Hay, que le testament dudit défunt, daté du 11 juillet 1985, a été passé régulièrement.

2. Sandra Florence Vout affirme, ce que nient Earl Hay et Carl Hay, qu'au moment de la passation dudit testament, ledit défunt avait la capacité de tester.

3. Earl Hay et Carl Hay affirment, ce que nie Sandra Florence Vout, que le défunt a été amené à signer ledit testament à la suite d'un abus d'influence.

The first issue requires a finding not only that the formalities required by the *Succession Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. S.26 (formerly R.S.O. 1980, c. 488), were complied with but that the testator knew and approved of the contents of the will. As the order indicates, these matters are affirmed by Vout, the propounder of the will, on whom lies the burden of proof.

With respect to the second issue, testamentary capacity requires the propounder of the will, Vout, to establish that the testator had a disposing mind and memory.

The third issue casts upon those attacking the will the burden of proving undue influence. This requires proof that the testator's assent to the will was obtained by influence such that instead of representing what the testator wanted, the will is a product of coercion. Although fraud is sometimes treated as a separate issue, "fraud and undue influence" are generally coupled and the burden of proof with respect to fraud also lies on those attacking the will.

Any discussion of the role of suspicious circumstances must start with the statement of Baron Parke in *Barry v. Butlin*, *supra*, at p. 1090 E.R.:

[F]irst . . . the *onus probandi* lies in every case upon the party propounding a Will; and he must satisfy the conscience of the Court that the instrument so propounded is the last Will of a free and capable Testator.

[S]econd . . . if a party writes or prepares a Will, under which he takes a benefit, that is a circumstance that ought generally to excite the suspicion of the Court, and calls upon it to be vigilant and jealous in examining the evidence in support of the instrument, in favour of which it ought not to pronounce unless the suspicion is removed, and it is judicially satisfied that the paper propounded does express the true Will of the deceased.

At least two problems are raised by this statement:

La première question exige que l'on conclue non seulement que les formalités requises par la *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, ch. S.26 (auparavant L.R.O. 1980, ch. 488), ont été respectées, mais aussi que le testateur connaissait et approuvait le contenu du testament. Comme l'indique l'ordonnance, c'est ce qu'allègue M^{me} Vout, la partie qui demande l'homologation du testament et à qui incombe le fardeau de la preuve.

En ce qui concerne la deuxième question, celle de la capacité de tester, elle exige que M^{me} Vout, la partie qui demande l'homologation du testament, établisse que le testateur était sain d'esprit.

La troisième question impose à ceux qui attaquent le testament le fardeau de prouver l'existence d'un abus d'influence. Cela exige de démontrer que le consentement du testateur au testament résulte d'une influence exercée sur lui, de sorte qu'au lieu de représenter sa volonté, le testament est le fruit d'une contrainte. Bien que la fraude soit parfois considérée comme une question distincte, «la fraude et l'abus d'influence» sont généralement allégués ensemble et le fardeau d'établir la fraude incombe également à ceux qui attaquent le testament.

Toute analyse du rôle des circonstances suspectes doit commencer par l'énoncé suivant du baron Parke dans l'arrêt *Barry c. Butlin*, précité, à la p. 1090 E.R.:

[TRADUCTION] [P]remièrement [. . .] dans tous les cas, le fardeau de la preuve incombe à la partie qui demande l'homologation d'un testament; celle-ci doit convaincre le tribunal que l'acte en question représente les dernières volontés d'une personne libre et capable de tester.

[D]euxièmement [. . .] si une partie rédige ou prépare un testament dont elle est bénéficiaire, il s'agit là d'une circonstance qui, en règle générale, devrait éveiller les soupçons du tribunal et l'inciter à prendre un soin jaloux d'examiner la preuve à l'appui de l'acte, en faveur duquel il ne devrait se prononcer que si les soupçons sont dissipés et s'il est convaincu que l'acte soumis à l'homologation traduit réellement la volonté du défunt.

Cet énoncé soulève au moins deux difficultés:

19

20

21

22

23

(1) whether suspicious circumstances impose a standard of proof that is higher than the ordinary civil standard; and

(2) whether the reference to a free and capable testator requires the propounder of the will to disprove undue influence.

24 With respect to the first problem, in accordance with the general rule applicable in civil cases, it has now been established that the civil standard of proof on a balance of probabilities applies. The evidence must, however, be scrutinized in accordance with the gravity of the suspicion. As stated by Ritchie J. in *Re Martin; MacGregor v. Ryan*, [1965] S.C.R. 757, at p. 766:

The extent of the proof required is proportionate to the gravity of the suspicion and the degree of suspicion varies with the circumstances of each case.

25 With respect to the second problem, although *Barry v. Butlin* and numerous other cases dealt with circumstances in which the procurer of the will obtained a benefit, it has been determined that the dictum in *Barry v. Butlin* extends to any "well-grounded suspicion" (*per* Davey L.J. in *Tyrrell v. Painton*, [1894] P. 151, at pp. 159-60). This was reaffirmed in this Court by Ritchie J. in *Re Martin, supra*. The suspicious circumstances may be raised by (1) circumstances surrounding the preparation of the will, (2) circumstances tending to call into question the capacity of the testator, or (3) circumstances tending to show that the free will of the testator was overborne by acts of coercion or fraud. Since the suspicious circumstances may relate to various issues, in order to properly assess what effect the obligation to dispel the suspicion has on the burden of proof, it is appropriate to ask the question "suspicion of what?" See Wright, *supra*, and *Macdonell, Sheard and Hull on Probate Practice* (3rd ed. 1981), at p. 33.

26 Suspicious circumstances in any of the three categories to which I refer above will affect the burden of proof with respect to knowledge and

(1) Les circonstances suspectes imposent-elles une norme de preuve plus élevée que la norme civile ordinaire? et

(2) La mention d'une personne libre et capable de tester oblige-t-elle la personne qui demande l'homologation du testament à prouver l'absence d'abus d'influence?

En ce qui concerne la première difficulté, il est maintenant établi que, conformément à la règle générale en matière civile, c'est la norme civile de preuve selon la prépondérance des probabilités qui s'applique. Les éléments de preuve doivent, toutefois, être examinés en fonction de la gravité des soupçons. Comme l'affirme le juge Ritchie, dans *Re Martin; MacGregor c. Ryan*, [1965] R.C.S. 757, à la p. 766:

[TRADUCTION] La preuve requise est proportionnelle à la gravité des soupçons qui varie selon les circonstances de chaque cas.

Pour ce qui est de la deuxième difficulté, même si l'arrêt *Barry c. Butlin* et de nombreuses autres décisions traitaient de circonstances où la personne qui avait préparé le testament en était bénéficiaire, il a été décidé que l'opinion examinée dans l'arrêt *Barry c. Butlin* s'appliquait à tout [TRADUCTION] «soupçon justifié» (le lord juge Davey, dans *Tyrrell c. Painton*, [1894] P. 151, aux pp. 159 et 160). Cela a été réitéré par le juge Ritchie de notre Cour, dans l'arrêt *Re Martin*, précité. Les circonstances suspectes peuvent être (1) des circonstances ayant entouré la préparation du testament, (2) des circonstances tendant à mettre en doute la capacité du testateur, ou (3) des circonstances tendant à montrer que la volonté du testateur a été dominée par la contrainte ou la fraude. Étant donné que les circonstances suspectes peuvent se rapporter à différentes questions, il convient, afin de bien apprécier l'effet que l'obligation de dissiper les soupçons a sur le fardeau de la preuve, de s'interroger sur la nature exacte de ces soupçons. Voir Wright, *loc. cit.*, et *Macdonell, Sheard and Hull on Probate Practice* (3^e éd. 1981), à la p. 33.

L'existence de circonstances suspectes relevant de l'une ou l'autre des trois catégories évoquées précédemment modifiera le fardeau de la preuve

approval. The burden with respect to testamentary capacity will be affected as well if the circumstances reflect on the mental capacity of the testator to make a will. Although the propounder of the will has the legal burden with respect to due execution, knowledge and approval, and testamentary capacity, the propounder is aided by a rebuttable presumption. Upon proof that the will was duly executed with the requisite formalities, after having been read over to or by a testator who appeared to understand it, it will generally be presumed that the testator knew and approved of the contents and had the necessary testamentary capacity.

Where suspicious circumstances are present, then the presumption is spent and the propounder of the will reassumes the legal burden of proving knowledge and approval. In addition, if the suspicious circumstances relate to mental capacity, the propounder of the will reassumes the legal burden of establishing testamentary capacity. Both of these issues must be proved in accordance with the civil standard. There is nothing mysterious about the role of suspicious circumstances in this respect. The presumption simply casts an evidentiary burden on those attacking the will. This burden can be satisfied by adducing or pointing to some evidence which, if accepted, would tend to negative knowledge and approval or testamentary capacity. In this event, the legal burden reverts to the propounder.

It might have been simpler to apply the same principles to the issue of fraud and undue influence so as to cast the legal burden onto the propounder in the presence of suspicious circumstances as to that issue. See Wright, *supra*, and Macdonell, Sheard and Hull on Probate Practice, *supra*, at p. 33. Indeed the reference in *Barry v. Butlin* to the will of a "free and capable" testator would have supported that view. Nevertheless, the principle has become firmly entrenched that fraud and undue influence are to be treated as an affirmative defence to be raised by those attacking the will.

quant à la connaissance et à l'approbation. Le fardeau applicable à la capacité de tester sera aussi modifié si les circonstances nuisent à la capacité mentale du testateur de rédiger un testament. Bien que ce soit à la partie qui demande l'homologation du testament qu'incombe le fardeau ultime de prouver la passation régulière, la connaissance et l'approbation ainsi que la capacité de tester, cette partie peut compter sur une présomption réfutable. Une fois qu'il est établi que la passation du testament s'est déroulée suivant les formalités requises, après lecture au testateur ou par lui de l'acte qu'il paraissait comprendre, on présumera généralement que le testateur connaissait et approuvait sa teneur et qu'il avait la capacité voulue pour tester.

En présence de circonstances suspectes, la présomption disparaît et c'est à nouveau à la personne qui demande l'homologation du testament qu'incombe le fardeau ultime de prouver la connaissance et l'approbation. En outre, si les circonstances suspectes se rattachent à la capacité mentale, cette personne assume encore le fardeau ultime d'établir la capacité de tester. La preuve de ces deux questions doit être faite selon la norme civile. Le rôle des circonstances suspectes n'a rien de mystérieux à cet égard. La présomption ne fait qu'imposer un fardeau de présentation à la partie qui attaque le testament. Celle-ci peut s'en acquitter en présentant ou en indiquant certains éléments qui, s'ils sont acceptés, tendraient à prouver l'absence de connaissance et d'approbation, ou encore de capacité de tester. Le cas échéant, le fardeau ultime retombe sur la partie qui demande l'homologation du testament.

Il aurait peut-être été plus simple d'appliquer les mêmes principes à la question de la fraude et de l'abus d'influence, de façon à ce qu'en présence de circonstances suspectes à cet égard, le fardeau ultime incombe à la partie qui demande l'homologation. Voir Wright, *loc. cit.*, et Macdonell, Sheard and Hull on Probate Practice, *op. cit.*, à la p. 33. En fait, la mention, dans l'arrêt *Barry c. Butlin*, de la volonté d'un testateur «libre et capable de tester» aurait appuyé ce point de vue. Néanmoins, il est fermement établi que la fraude et l'abus d'influence doivent être considérés comme un moyen

27

28

They, therefore, bear the legal burden of proof. No doubt this reflects the policy in favour of honouring the wishes of the testator where it is established that the formalities have been complied with, and knowledge and approval as well as testamentary capacity have been established. To disallow probate by reason of circumstances merely raising a suspicion of fraud or undue influence would tend to defeat the wishes of the testator in many cases where in fact no fraud or undue influence existed, but the propounder simply failed to discharge the legal burden. Accordingly, it has been authoritatively established that suspicious circumstances, even though they may raise a suspicion concerning the presence of fraud or undue influence, do no more than rebut the presumption to which I have referred. This requires the propounder of the will to prove knowledge and approval and testamentary capacity. The burden of proof with respect to fraud and undue influence remains with those attacking the will. See *Craig v. Lamoureux*, [1920] A.C. 349; *Riach v. Ferris*, [1934] S.C.R. 725; *Re Martin*, *supra*.

29

It may be thought that proof of knowledge and approval will go a long way in disproving undue influence. Unquestionably there is an overlap. If it is established that the testator knew and appreciated what he was doing, in many cases there is little room for a finding that the testator was coerced. Nonetheless there is a distinction. This distinction was aptly expressed by Ritchie J. in *Re Martin*. At pages 765-66, he stated:

There is a distinction to be borne in mind between producing sufficient evidence to satisfy the Court that a suspicion raised by the circumstances surrounding the execution of the will have been dispelled and producing the evidence necessary to establish an allegation of undue influence. The former task lies upon the proponents of the will, the latter is a burden assumed by those who are attacking the will and can only be discharged by proof of the existence of an influence acting upon the mind of the testator of the kind described by Viscount

positif qui doit être soulevé par la partie qui attaque le testament. C'est donc à cette dernière que le fardeau ultime de preuve incombe. Cela traduit sans conteste le principe favorisant le respect de la volonté du testateur lorsqu'il est établi que les formalités ont été suivies et que l'existence de la connaissance et de l'approbation du testateur, de même que de sa capacité de tester, a été démontrée. Refuser la délivrance des lettres d'homologation en raison de circonstances qui éveillent un simple soupçon de fraude ou d'abus d'influence tendrait à contrecarrer la volonté du testateur dans bien des cas où, sans qu'il n'y ait eu fraude ou abus d'influence, la partie qui demande l'homologation n'a tout simplement pas réussi à s'acquitter du fardeau ultime de preuve. En conséquence, il est définitivement établi que l'existence de circonstances suspectes, même si elle peut laisser soupçonner la fraude ou l'abus d'influence, ne fait que réfuter la présomption dont j'ai parlé, obligeant ainsi la partie qui demande l'homologation à faire la preuve de la connaissance et de l'approbation ainsi que de la capacité de tester. Le fardeau de prouver la fraude et l'abus d'influence continue d'incomber à la partie qui attaque le testament. Voir *Craig c. Lamoureux*, [1920] A.C. 349; *Riach c. Ferris*, [1934] R.C.S. 725; *Re Martin*, précité.

On peut penser que la preuve de la connaissance et de l'approbation contribuera dans une large mesure à établir l'absence d'abus d'influence. Il y a incontestablement un recoupement à cet égard. S'il est établi que le testateur savait et comprenait ce qu'il faisait, il sera souvent difficile de démontrer qu'il a agi sous la contrainte. Il existe néanmoins une distinction que le juge Ritchie a bien fait ressortir dans l'arrêt *Re Martin*, aux pp. 765 et 766:

[TRADUCTION] Il ne faut pas perdre de vue la distinction qui existe entre présenter une preuve suffisante pour convaincre la cour que le soupçon découlant des circonstances ayant entouré la passation du testament a été dissipé, et présenter la preuve nécessaire pour établir une allégation d'abus d'influence. Alors que la première tâche incombe à la partie qui demande l'homologation du testament, la dernière incombe à la partie qui en attaque la validité et qui ne peut s'en acquitter qu'en établissant que le testateur a agi sous le coup d'une

Haldane in *Craig v. Lamoureux* [[1920] A.C. 349], at p. 357 where he says:

Undue influence, in order to render a will void, must be an influence which can justly be described by a person looking at the matter judicially to have caused the execution of a paper pretending to express a testator's mind, but which really does not express his mind, but something else which he did not really mean.

The distinction to which I have referred is well described by Crocket J. in *Riach v. Ferris*, *supra*, at p. 736 where he says:

Assuming that in the case in behalf of a plaintiff seeking to establish the validity of a will, there may be such circumstances of apparent coercion or fraud disclosed as, coupled with the testator's physical and mental debility, raise a well-grounded suspicion in the mind of the court that the testator did not really comprehend what he was doing when he executed the will, and that in such a case it is for the plaintiff to remove that suspicion by affirmatively proving that the testator did in truth appreciate the effect of what he was doing, there is no question that, once this latter fact is proved, the onus entirely lies upon those impugning the will to affirmatively prove that its execution was procured by the practice of some undue influence or fraud upon the testator.

A person may well appreciate what he or she is doing but be doing it as a result of coercion or fraud.

Application to the Case

The Court of Appeal allowed the appeal on the ground that the trial judge failed to deal properly with the issue of suspicious circumstances "which would cast the burden on the respondent [Vout] of disproving undue influence". In view of the foregoing, the Court of Appeal clearly erred in this respect. Moreover, the trial judge did consider the issue of suspicious circumstances. Byers J. listed the following matters which were alleged to constitute suspicious circumstances:

influence du genre décrit par le vicomte Haldane dans l'arrêt *Craig c. Lamoureux* [[1920] A.C. 349], à la p. 357, où celui-ci affirme:

Pour rendre nul un testament, l'abus d'influence doit consister en une influence dont une personne considérant la question d'une manière judiciaire peut à bon droit conclure qu'elle a entraîné la passation d'un acte censé représenter la volonté du testateur, alors que ce n'est pas réellement le cas.

La distinction dont je parle est bien décrite par le juge Crocket dans l'arrêt *Riach c. Ferris*, précité, à la p. 736:

En supposant que la preuve du demandeur, qui cherche à établir la validité d'un testament, laisse croire à une apparence de contrainte ou de fraude qui, combinée à la faiblesse physique et mentale du testateur, amène le tribunal à soupçonner à juste titre que le testateur ne savait pas vraiment ce qu'il faisait lorsqu'il a signé le testament, et qu'il appartient, en pareil cas, au demandeur de dissiper ce soupçon par la preuve affirmative que le testateur comprenait ce qu'il faisait en réalité, il ne fait aucun doute qu'une fois ce dernier fait établi, c'est à la partie qui attaque le testament qu'il incombe d'établir affirmativement que sa passation par le testateur résulte d'un abus d'influence ou de manœuvres frauduleuses.

Il se peut bien qu'une personne comprenne ce qu'elle est en train de faire, mais qu'elle le fasse sous l'influence de la contrainte ou de la fraude.

Application à la présente affaire

La Cour d'appel a accueilli l'appel pour le motif que le juge de première instance n'avait pas examiné adéquatement la question des circonstances suspectes [TRADUCTION] «qui imposeraient à l'intimée [M^{me} Vout] le fardeau de prouver l'absence d'abus d'influence». Compte tenu de ce qui précède, la Cour d'appel a manifestement commis une erreur à cet égard. De plus, le juge de première instance a bel et bien examiné la question des circonstances suspectes. Le juge Byers a énuméré les questions qui, alléguait-on, constituaient des circonstances suspectes:

1. Clarence Hay went to the lawyer recommended by Sandra Vout, and that lawyer, Paul Russell, had been the lawyer for Sandra Vout's parents;

2. Sandra Vout is not to be believed as to her participation in the instruction and execution of the Will, and her lies are suspicious;

3. Sandra Vout stayed with Clarence Hay and coached him when he hesitated, and confirmed her influence at the critical time of execution.

Although the trial judge expressed the view that these circumstances did not amount to the type of circumstances referred to in the cases to which he had been referred, he proceeded to deal with them on the basis that they did constitute suspicious circumstances. These circumstances did not relate to the testamentary capacity of the testator, but the trial judge made an affirmative finding on this issue. Apart from his express finding of testamentary capacity, he stated:

... Clarence Hay, on the evidence, was not a befuddled, senile old man whose mind had been captured by Sandra Vout and who, like the testator in *Eady v. Waring* [(1974), 2 O.R. (2d) 627], was physically and emotionally controlled and isolated by those persons who stood to benefit. In fact, the reverse is true. Clarence Hay was self-reliant and independent, was not easily influenced, lived alone and visited all members of the Hay family regularly, and he was all these things both before and for three years following the execution of the Will.

31 The Court of Appeal was critical of the trial judgment for failing to resolve the discrepancies in the evidence. They attributed this failure to the fact that the trial judge found that the testator was fully mentally competent. While the trial judge did so find, he also reviewed the evidence, pointed out the discrepancies and made a positive finding that the testator knew and approved of the contents of the will. In this regard, he stated:

In my view Clarence Hay made his Will exactly the way he intended. He did have testamentary capacity; it was duly executed and there has been no undue influence.

[TRANSDUCTION]

1. Clarence Hay s'est rendu chez l'avocat recommandé par Sandra Vout, lequel avocat, Paul Russell, avait été l'avocat des parents de Sandra Vout;

2. Sandra Vout n'est pas crédible quant à sa participation à la préparation et à la passation du testament, et ses mensonges sont suspects;

3. Sandra Vout est restée avec Clarence Hay, elle l'a conseillé lorsqu'il a hésité, et elle a confirmé son influence au moment critique de la passation de l'acte.

Bien que le juge de première instance ait exprimé l'opinion que ces circonstances ne correspondaient pas au genre de circonstances décrites dans la jurisprudence qu'on lui avait soumise, il a procédé à leur analyse comme s'il s'agissait effectivement de circonstances suspectes. Celles-ci ne se rattachaient pas à la capacité de tester du testateur, mais le juge a tiré une conclusion affirmative à cet égard, ajoutant ce qui suit:

[TRANSDUCTION] . . . d'après la preuve, Clarence Hay n'était pas un vieillard sénile dont l'esprit embrouillé avait été subjugué par Sandra Vout et qui, comme le testateur dans l'affaire *Eady c. Waring* [(1974), 2 O.R. (2d) 627], était physiquement et émotionnellement contrôlé et isolé par les personnes susceptibles d'être avantagées. En fait, c'est plutôt le contraire qui est vrai. Clarence Hay était un être autonome et indépendant, difficilement influençable, qui vivait seul et rendait régulièrement visite à tous les membres de la famille Hay et tout cela, tant avant qu'après la passation du testament.

La Cour d'appel a reproché au jugement de première instance de ne pas avoir résolu les divergences dans la preuve, attribuant cette lacune au fait que le juge de première instance avait conclu que le testateur jouissait de toutes ses facultés mentales. Bien que le juge de première instance ait tiré cette conclusion, il a également examiné la preuve, relevé les divergences et conclu positivement que le testateur connaissait et approuvait le contenu du testament. Il a déclaré à cet égard:

[TRANSDUCTION] À mon avis, Clarence Hay a fait son testament exactement comme il l'entendait. Il avait la capacité de tester; le testament a été passé régulièrement

The Will will therefore be admitted to probate. [Emphasis added.]

While it would have been preferable for the trial judge to have made express findings with respect to the discrepancies and, in particular, as to whether the instructions for the will had been given by the appellant to the secretary Clark, I am satisfied that the trial judge scrutinized the evidence to the degree required. He obviously was of the view that this fully competent, self-reliant and independent-minded individual would not have made the will as he did if he had not appreciated fully what he was doing. The trial judge went further and negated undue influence. This he was not legally obliged to do simply by reason of the presence of suspicious circumstances.

I am unable, therefore, to conclude that the trial judge made any error of law or that he committed any palpable or overriding error with respect to the facts. The respondents also raised the issue of due execution but the Court of Appeal did not deal with this issue. Virtually no argument was directed to this point in this Court and I can find nothing to support this submission. The trial judge found the will was duly executed and there was ample evidence to support this finding.

Disposition

I would allow the appeal and set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment at trial. The appellant as executor under the will is entitled to her costs of the appeal to the Court of Appeal and to this Court on a solicitor and client basis to be paid out of the estate. In my view, the respondents were justified in appealing to the Court of Appeal as well as responding to the appeal to this Court. I would direct that their costs be paid out of the estate on a party and party basis.

Appeal allowed with costs.

et il n'y a eu aucun abus d'influence. Les lettres d'homologation du testament seront donc délivrées. [Je souligne.]

Même s'il aurait été préférable que le juge de première instance formule des conclusions expresses quant aux divergences et, en particulier, quant à la question de savoir si l'appelante avait donné des directives concernant le testament à la secrétaire, M^{me} Clark, je suis persuadé qu'il a procédé à un examen adéquat de la preuve. Il était de toute évidence d'avis qu'une personne qui jouissait autant de toutes ses facultés et qui était aussi autonome et indépendant n'aurait pas fait le testament qu'il a fait s'il n'avait pas parfaitement compris ce qu'il faisait. Le juge de première instance est allé plus loin en concluant à l'absence d'abus d'influence, ce qu'il n'était pas légalement tenu de faire du simple fait de l'existence de circonstances suspectes.

En conséquence, il m'est impossible de conclure que le juge de première instance a commis quelque erreur de droit, ou erreur manifeste ou dominante quant aux faits. Les intimés ont également soulevé la question de la passation régulière, mais la Cour d'appel ne l'a pas examinée. Notre Cour n'a pratiquement entendu aucun argument sur ce point et je ne vois rien qui puisse étayer ce moyen. Le juge de première instance a conclu que le testament avait été passé régulièrement, ce que la preuve confirmait abondamment.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de première instance. À titre d'exécutrice testamentaire, l'appelante a droit à ses dépens sur la base procureur-client en Cour d'appel et en notre Cour, lesquels dépens devront être payés sur la succession. À mon avis, les intimés étaient justifiés d'interjeter appel devant la Cour d'appel et de répondre au pourvoi formé devant notre Cour. J'ordonnerais que leurs dépens soient payés comme entre parties sur la succession.

Pourvoi accueilli avec dépens.

32

33

34

Solicitors for the appellant: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'appelante: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitor for the respondents: William E. Baker, Campbellford, Ont.

Procureur des intimés: William E. Baker, Campbellford (Ont.).

Milk Board *Appellant*

v.

**Ronald Grisnich and Gilbert
Grisnich** *Respondents*INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA (MILK BOARD) v.
GRISNICH

File No.: 23927.

Hearing and judgment: April 25, 1995.

Reasons delivered: June 22, 1995.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé,
Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA*Administrative law — Subordinate legislation —
Validity — Milk Board collecting levies on milk produc-
tion pursuant to milk market sharing orders — Milk
Board having provincial powers and delegated federal
authority — Orders not specifying source of authority
exercised — Whether orders invalid.*

During the relevant period, the Milk Board was constituted under the British Columbia *Milk Industry Act*, which, in addition to according the Board certain powers falling within provincial jurisdiction, enables it to accept and exercise authority delegated to it pursuant to the federal *Agricultural Products Marketing Act*. Under a national milk marketing plan, the Board is empowered to fix and collect levies on milk production in the province. The levies are established and collected pursuant to Milk Market Sharing Orders issued by the Board. The Board commenced an action against the respondent dairy farmers to collect levies owing for over-quota production of milk at their farm during two specific time periods. The trial judge gave judgment in favour of the Board. After the trial of this action, the Court of Appeal released its judgment in *British Columbia (Milk Board) v. Bari Cheese Ltd.* On appeal in the instant case, the Court of Appeal held that the respondents (appellants in that court) should be permitted to rely on the conclusions reached in *Bari* because these conclusions concerned the validity of the Milk Market Sharing Order under which the respondents had been assessed. The effect of these conclusions, it was held, was to invalidate the applicable order on the ground that the Board

Milk Board *Appelant*

c.

Ronald Grisnich et Gilbert Grisnich *Intimés*RÉPERTORIÉ: COLOMBIE-BRITANNIQUE (MILK BOARD) c.
GRISNICH

N° du greffe: 23927.

Audition et jugement: 25 avril 1995.

Motifs déposés: 22 juin 1995.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,
L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major.EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-
BRITANNIQUE*Droit administratif — Législation déléguée — Validité
— Milk Board percevant des droits sur la production
laitière conformément à des ordonnances de contingen-
tement de la production laitière — Milk Board investi de
pouvoirs provinciaux et de pouvoirs fédéraux délégués
— Ordonnances ne précisant pas la source du pouvoir
exercé — Les ordonnances étaient-elles invalides?*

Durant la période en cause, le Milk Board a été constitué en vertu de la *Milk Industry Act* de la Colombie-Britannique, qui, en plus de lui accorder certains pouvoirs relevant de la province, lui permet d'accepter et d'exercer des pouvoirs qui lui sont délégués conformément à la *Loi sur la commercialisation des produits agricoles* fédérale. Selon un plan national de commercialisation du lait, le Milk Board peut fixer et percevoir des droits sur la production laitière dans la province. Ces droits sont fixés et perçus conformément aux «ordonnances de contingentement de la production laitière» («Milk Market Sharing Orders») rendues par le Milk Board. Celui-ci a intenté une action contre les producteurs laitiers intimés afin de percevoir des droits dus en raison d'une production supérieure au contingent laitier à leur ferme durant deux périodes déterminées. Le juge de première instance a donné raison au Milk Board. Après le procès relatif à cette action, la Cour d'appel a rendu son jugement dans *British Columbia (Milk Board) c. Bari Cheese Ltd.* Lors de l'appel dont il est question ici, la Cour d'appel a conclu que les intimés (les appelants devant cette cour) devraient être autorisés à invoquer les conclusions tirées dans *Bari*, parce qu'elles concernaient la validité de l'ordonnance de contingentement.

had not specified on the face of the order from which of its two constitutional sources of subordinate legislative power it purported to draw its authority. The Court of Appeal consequently allowed the appeal and dismissed the action.

Held: The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and Cory, Iacobucci and Major J.J.: The concern of the judiciary is to ensure that administrative tribunals of whatever kind act pursuant to their jurisdiction. There is no requirement that, in the exercise of that jurisdiction, its exact source must be specified. When an administrative agency has chosen to furnish such information *a priori*, this is done purely as a matter of convenience to the public, and not because of a mandatory legal requirement. Similarly, when there are multiple sources of power, it is irrelevant which power a board exercises once it is determined that the board had the power from one source or another. The requirement of administrative specification is not only without a jurisprudential foundation, but also undesirable in terms of sound public policy. As administrative boards, tribunals and bodies continue to play a larger role in the regulation of the modern state, imposing an administrative specification requirement would lead to somewhat impractical and expensive consequences. Moreover, such a choice is largely a matter for the legislature. Although administrative accountability is an important principle, it is not the only factor to consider.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier J.J.: There is no precedent for holding that an administrative body must consciously identify the source of power it is relying on, in order for the exercise of that power to be valid. Courts are primarily concerned with whether a statutory power exists, not with whether the delegate knew how to locate it. When administrative bodies act, it is to be presumed that they believe themselves to be within the bounds of their statutory authority. While discipline in administrative decision-making is to be encouraged, it does not warrant imposing the unprecedented requirement that delegates specify the source of their statutory authority. Administrative bodies such as the Milk Board are not in the business of identifying jurisdiction; their function is to regulate a specific, technical industry. The determination of jurisdiction is ultimately the function of the judiciary. An incorrect state-

ment de la production laitière en vertu de laquelle les intimés avaient été cotisés. On a jugé que ces conclusions avaient pour effet d'invalider l'ordonnance applicable pour le motif que le Milk Board n'avait pas précisé, dans l'ordonnance, de laquelle de ses deux sources constitutionnelles de pouvoir législatif délégué il était censé tirer sa compétence. La Cour d'appel a donc accueilli l'appel et rejeté l'action.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, Iacobucci et Major: Le pouvoir judiciaire se préoccupe d'assurer que les tribunaux administratifs, quels qu'ils soient, agissent dans les limites de leur compétence. Ils ne sont pas tenus, en exerçant cette compétence, d'en préciser la source exacte. Lorsqu'un organisme administratif choisit de fournir un tel renseignement *a priori*, il ne le fait que par pur souci de commodité pour le public et non parce qu'il y est légalement tenu. De même, lorsque le pouvoir émane de plusieurs sources, il importe peu de déterminer quel pouvoir exerce un organisme, une fois établi qu'il détenait ce pouvoir d'une source ou d'une autre. L'obligation de préciser la source du pouvoir administratif en cause n'a non seulement aucun fondement jurisprudentiel, mais encore elle est peu souhaitable sur le plan d'une saine politique générale. Comme les organismes et les tribunaux administratifs continuent de jouer un rôle plus grand dans la réglementation de l'État moderne, leur imposer une obligation de préciser la source du pouvoir administratif exercé aurait des conséquences coûteuses et peu pratiques. De plus, c'est plutôt au législateur qu'il incombe d'effectuer un tel choix. Bien que la responsabilité administrative constitue un principe important, ce n'est pas le seul facteur à considérer.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier: Aucun précédent ne permet de conclure qu'un organisme administratif doit indiquer sciemment la source de pouvoir sur laquelle il s'appuie, pour que l'exercice de ce pouvoir soit valide. Les tribunaux se préoccupent principalement de savoir s'il existe un pouvoir conféré par la loi, et non de savoir si le délégué savait comment le trouver. Lorsque des organismes administratifs agissent, on doit présumer qu'ils croient le faire dans les limites des pouvoirs qui leur sont conférés par la loi. Quoiqu'il faille encourager la discipline dans la prise de décisions administratives, cela ne justifie pas d'imposer aux délégués l'obligation sans précédent de préciser la source de leur pouvoir légal. La tâche d'un organisme administratif comme le Milk Board n'est pas de préciser sa compétence; son rôle consiste à réglementer un secteur technique particulier. La détermination de la com-

ment on the part of an administrative body such as the Milk Board as to its own subordinate jurisdiction will provoke no deference on judicial review. Imposing the requirement of specification upon such a body would unduly complicate its decision-making, requiring it to become expert in questions of jurisdiction far removed in substance from the actual daily exercise of its statutory responsibility to implement marketing orders. This requirement could lead to the invalidation of otherwise valid subordinate rules simply because of an honest mistake on the part of the agency as to the source of its jurisdiction. Rather than increasing administrative efficiency and public accountability, imposing such a requirement would run the risk of further muddying an already somewhat murky area of the law. In the case of a statutory body empowered from multiple sources, the requirement of specification would be particularly onerous to the extent that it required this body to "choose" which source of power it was relying on each time it made a new enactment, rather than exercise its multiple powers concurrently. Such an obligation would run the risk of rendering meaningless the system of joint delegation. The very reason joint federal-provincial inter-delegation schemes are necessary is because no one level of government is constitutionally empowered to regulate all aspects of intraprovincial and extraprovincial trade. If joint delegation arrangements are to be tolerated, then it must be accepted that the details of these arrangements will be implemented by marketing boards empowered from multiple sources. Citizens must look first to these boards to be accountable for their actions, and then to the two levels of government that have constituted them. Any potential loss in accountability that results in this situation is more than made up for by the benefits and practicalities of the joint delegation arrangement.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Disapproved: *British Columbia (Milk Board) v. Bari Cheese Ltd.* (1991), 83 D.L.R. (4th) 329; **referred to:** *British Columbia (Milk Marketing Board) v. Bari Cheese Ltd.*, [1993] B.C.J. No. 1748 (QL); *Milk Board v. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1987] 4 W.W.R. 279; *Milk Board v. Birchwood Dairy Farm Ltd.*, [1986] 3

pétence relève en fin de compte du pouvoir judiciaire. Si un organisme administratif comme le Milk Board donne un renseignement inexact sur ses propres pouvoirs délégués, cela n'aura aucune répercussion sur le contrôle judiciaire. Imposer à un tel organisme l'obligation de préciser cette source compliquerait indûment son processus décisionnel, en l'obligeant à devenir un spécialiste des questions de compétence, ce qui est essentiellement loin de l'exercice quotidien de sa responsabilité légale de mettre à exécution des ordonnances en matière de commercialisation. Cette obligation pourrait mener à l'invalidation de décisions prises en vertu de pouvoirs délégués, qui seraient par ailleurs valides, du seul fait d'une erreur honnête commise par l'organisme au sujet de la source de sa compétence. Plutôt que d'accroître l'efficacité administrative et la responsabilité publique, imposer une telle obligation risquerait d'embrouiller davantage un domaine du droit qui est déjà quelque peu confus. Dans le cas d'un organisme créé par une loi et investi de pouvoirs émanant de plusieurs sources, l'obligation de préciser la source de pouvoir serait particulièrement lourde dans la mesure où cet organisme devrait «choisir» la source de pouvoir sur laquelle il s'appuie chaque fois qu'il adopte un nouveau texte, plutôt que d'exercer ses multiples pouvoirs de façon concomitante. Une telle obligation risquerait de faire perdre son sens au système de délégation conjointe. Les régimes fédéraux-provinciaux de délégation sont nécessaires justement parce qu'aucun palier de gouvernement n'est constitutionnellement habilité à réglementer tous les aspects du commerce à l'intérieur et à l'extérieur des provinces. S'il faut tolérer des délégations conjointes de pouvoirs, il faut alors accepter que les modalités de ces délégations soient mises en œuvre par des offices de commercialisation investis de pouvoirs émanant de plusieurs sources. Les citoyens doivent d'abord veiller à ce que ces offices soient responsables de leurs actes, et aborder ensuite la question des deux paliers de gouvernement qui les ont constitués. Toute perte possible de responsabilité qui résulte de cette situation est plus que compensée par les avantages et les aspects pratiques de la délégation conjointe de pouvoirs.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêt critiqué: *British Columbia (Milk Board) c. Bari Cheese Ltd.* (1991), 83 D.L.R. (4th) 329; **arrêts mentionnés:** *British Columbia (Milk Marketing Board) c. Bari Cheese Ltd.*, [1993] B.C.J. No. 1748 (QL); *Milk Board c. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1987] 4 W.W.R. 279; *Milk Board c. Birchwood Dairy Farm Ltd.*, [1986]

W.W.R. 481; *Thorcon Enterprises Ltd. v. West Vancouver (District)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 259; *Thorcon Enterprises Ltd. v. West Vancouver (District)*, [1988] B.C.J. No. 323 (QL); *Northern Telecom Ltée v. Lachine (Cité)* (1991), 52 Q.A.C. 63, leave to appeal refused, [1992] 2 S.C.R. ix.

By La Forest J.

Disapproved: *British Columbia (Milk Board) v. Bari Cheese Ltd.* (1991), 83 D.L.R. (4th) 329; **referred to:** *British Columbia (Milk Marketing Board) v. Bari Cheese Ltd.*, [1993] B.C.J. No. 1748 (QL); *British Columbia (Milk Board) v. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1989] B.C.J. No. 212 (QL); *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31; *P.E.I. Potato Marketing Board v. H. B. Willis Inc.*, [1952] 2 S.C.R. 392; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198.

Statutes and Regulations Cited

Agricultural Products Marketing Act, R.S.C., 1985, c. A-6.
Milk Industry Act, R.S.B.C. 1979, c. 258.

Authors Cited

Keyes, John Mark. *Executive Legislation: Delegated Law Making by the Executive Branch*. Toronto: Butterworths, 1992.
La Forest, Gérard V. "Delegation of Legislative Power in Canada" (1975), 21 *McGill L.J.* 131.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 36 B.C.A.C. 12, 58 W.A.C. 12, 19 Admin. L.R. (2d) 88, reversing a decision of Rowan J. allowing the appellant's action against the respondents to collect levies. Appeal allowed.

Steven R. Stark and Anna Marie Laing, for the appellant.

Christopher Harvey, Q.C., for the respondents.

The judgment of Lamer C.J. and Cory, Iacobucci and Major J.J. was delivered by

3 W.W.R. 481; *Thorcon Enterprises Ltd. c. West Vancouver (District)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 259; *Thorcon Enterprises Ltd. c. West Vancouver (District)*, [1988] B.C.J. No. 323 (QL); *Northern Telecom Ltée c. Lachine (Cité)* (1991), 52 Q.A.C. 63, autorisation de pourvoi refusée, [1992] 2 R.C.S. ix.

Citée par le juge La Forest

Arrêt critiqué: *British Columbia (Milk Board) c. Bari Cheese Ltd.* (1991), 83 D.L.R. (4th) 329; **arrêts mentionnés:** *British Columbia (Milk Marketing Board) c. Bari Cheese Ltd.*, [1993] B.C.J. No. 1748 (QL); *British Columbia (Milk Board) c. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1989] B.C.J. No. 212 (QL); *Attorney General of Nova Scotia c. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31; *P.E.I. Potato Marketing Board c. H. B. Willis Inc.*, [1952] 2 R.C.S. 392; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198.

Lois et règlements cités

Loi sur la commercialisation des produits agricoles, L.R.C. (1985), ch. A-6.
Milk Industry Act, R.S.B.C. 1979, ch. 258.

Doctrine citée

Keyes, John Mark. *Executive Legislation: Delegated Law Making by the Executive Branch*. Toronto: Butterworths, 1992.
La Forest, Gérard V. «Delegation of Legislative Power in Canada» (1975), 21 *McGill L.J.* 131.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 36 B.C.A.C. 12, 58 W.A.C. 12, 19 Admin. L.R. (2d) 88, qui a infirmé une décision du juge Rowan d'accueillir l'action intentée par l'appelant contre les intimés en vue de percevoir des droits. Pourvoi accueilli.

Steven R. Stark et Anna Marie Laing, pour l'appelant.

Christopher Harvey, c.r., pour les intimés.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Cory, Iacobucci et Major rendu par

IACOBUCCI J. — I agree with the result reached by my colleague Justice La Forest but prefer to express my reasons in a more limited fashion.

In my mind, this appeal raises only a narrow question of administrative law: must administrative bodies with powers derived from multiple sources specify on the face of the decision they make exactly from which source and provision the authority to make that decision arose? As I see it, this question can be answered without resorting to the principles of inter-delegation and federalism.

The British Columbia Court of Appeal, in its decision in *British Columbia (Milk Board) v. Bari Cheese Ltd.* (1991), 83 D.L.R. (4th) 329, *per* Southin J.A., affirmed the existence of such a requirement of administrative specification. Given that the *Bari* decision was released before the British Columbia Court of Appeal heard the present appeal, and that this appeal also involved the validity of a Milk Board order, the court below felt bound by *stare decisis* to apply *Bari* and invalidate the orders. To this end, this appeal cannot be disposed of without regard to *Bari*. In that connection, I find that the record in this appeal is sufficiently complete to support a review of the statements of administrative law provided in *Bari*.

With respect, I disagree with Southin J.A.'s conclusion of law in *Bari*. In my view, there is no precedent or legal principle that could anchor this position. Nor can I find much in the way of policy to support it. I note that the British Columbia Court of Appeal has convened a five-member panel to reconsider the application of *Bari* in another case, ironically in which *Bari Cheese Ltd.* is once again a litigant: *British Columbia (Milk Marketing Board) v. Bari Cheese Ltd.*, on appeal from the order of Newbury J., [1993] B.C.J. No. 1748 (QL). With that in mind, I offer the following brief comments.

LE JUGE IACOBUCCI — Je suis d'accord avec le résultat auquel en est arrivé mon collègue le juge La Forest, mais je préfère exprimer mes motifs plus brièvement.

J'estime que le présent pourvoi ne soulève qu'une question restreinte de droit administratif: les organismes administratifs investis de pouvoirs émanant de plusieurs sources doivent-ils préciser dans une décision en vertu de quelle source et de quelle disposition législative leur pouvoir de rendre cette décision émane? Selon moi, on peut répondre à cette question sans recourir aux principes de la délégation et du fédéralisme.

Dans l'arrêt *British Columbia (Milk Board) c. Bari Cheese Ltd.* (1991), 83 D.L.R. (4th) 329, le juge Southin de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé l'existence d'une telle obligation de préciser la source du pouvoir administratif en cause. Comme l'arrêt *Bari* a été rendu avant que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique n'ait entendu la présente affaire qui concernait aussi la validité d'une ordonnance du Milk Board, la cour d'instance inférieure a considéré qu'elle était tenue par la règle du *stare decisis* d'appliquer l'arrêt *Bari* et d'invalider les ordonnances. À cette fin, on ne peut statuer sur le présent pourvoi sans tenir compte de l'arrêt *Bari*. À cet égard, je considère que le dossier d'appel est suffisamment complet pour permettre un examen des principes de droit administratif énoncés dans l'arrêt *Bari*.

En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec la conclusion de droit tirée par le juge Southin dans l'arrêt *Bari*. Selon moi, il n'existe aucun précédent ni aucun principe juridique qui soit susceptible d'étayer cette position. Je ne vois pas non plus comment elle pourrait se justifier en règle générale. Je signale qu'une formation de cinq juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a réexaminé la demande dont il était question dans *Bari* dans une autre affaire où, ironiquement, *Bari Cheese Ltd.* est encore une fois partie: *British Columbia (Milk Marketing Board) c. Bari Cheese Ltd.*, en appel contre une ordonnance du juge Newbury, [1993] B.C.J. No. 1748 (QL). Ceci étant dit, je ferai les brefs commentaires suivants.

5

The concern of the judiciary revolves around ensuring that administrative tribunals of whatever kind act pursuant to their jurisdiction. There is no requirement that, in the exercise of that jurisdiction, any specification must be made as to its exact source. Naturally, should that jurisdiction be challenged, the administrative tribunal must not only point to but also support its source. However, this is quite another matter from requiring that every administrative order contain, *a priori*, such a specification. I add that, when an administrative agency has chosen to furnish such information *a priori*, this is purely done as a matter of convenience to the public, and not because of a mandatory legal requirement. The extent of this convenience is a matter for the legislature, not the judiciary, to decide. Similarly, when there are multiple sources of power, it is irrelevant which power a board exercises once it is determined that the board had the power from one source or another: *Milk Board v. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1987] 4 W.W.R. 279 (B.C.C.A.); *Milk Board v. Birchwood Dairy Farm Ltd.*, [1986] 3 W.W.R. 481 (B.C.C.A.).

6

These views are expressed in the academic literature. For example, John Keyes, in *Executive Legislation: Delegated Law Making by the Executive Branch* (1992), states at pp. 138-39:

In the absence of any statutory requirement, it has generally been assumed that executive legislation need not indicate the source of its authority. . . .

...

To make the validity of executive legislation depend on the accurate citation of its authority will simply lead to the citation of any and all provisions that might conceivably support its validity. Rather than assisting the public, this will simply obscure the sources of authority.

In my opinion, Southin J.A. has gone too far in stating that the orders of an administrative board are unenforceable unless they specify on their face the source of their authority.

Le pouvoir judiciaire se préoccupe surtout d'assurer que les tribunaux administratifs, quels qu'ils soient, agissent dans les limites de leur compétence. Ils ne sont pas tenus, en exerçant cette compétence, d'en préciser la source exacte. Naturellement, si jamais sa compétence est contestée, le tribunal administratif doit non seulement indiquer la source de pouvoir mais aussi la justifier. Toutefois, c'est tout autre chose que d'exiger que chaque ordonnance administrative comporte a priori une telle mention. J'ajoute que, lorsqu'un organisme administratif choisit de fournir un tel renseignement a priori, il ne le fait que par pur souci de commodité pour le public et non parce qu'il y est légalement tenu. C'est au législateur et non au pouvoir judiciaire qu'il incombe de déterminer jusqu'où doit aller ce souci de commodité. De même, lorsque le pouvoir émane de plusieurs sources, il importe peu de déterminer quel pouvoir exerce un organisme, une fois établi qu'il détenait ce pouvoir d'une source ou d'une autre: *Milk Board c. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1987] 4 W.W.R. 279 (C.A.C.-B.); *Milk Board c. Birchwood Dairy Farm Ltd.*, [1986] 3 W.W.R. 481 (C.A.C.-B.).

On retrouve ces points de vue dans des ouvrages de doctrine. Par exemple, dans son ouvrage intitulé *Executive Legislation: Delegated Law Making by the Executive Branch* (1992), John Keyes dit, aux pp. 138 et 139:

[TRADUCTION] En l'absence d'exigence légale en ce sens, on présume habituellement qu'il n'est pas nécessaire que les textes réglementaires indiquent la source de pouvoir . . .

...

Si on devait subordonner la validité des textes réglementaires à la mention exacte de leur source de pouvoir, il deviendrait tout simplement nécessaire d'indiquer toutes les dispositions sur lesquelles ils pourraient vraisemblablement reposer. Au lieu d'aider le public, cela ne ferait qu'embrouiller les sources de pouvoir.

À mon avis, madame le juge Southin est allée trop loin en affirmant que les ordonnances d'un organisme administratif ne sont pas exécutoires à moins qu'elles ne précisent la source du pouvoir exercé.

The respondents, in order to bolster their case, rely upon a decision of the British Columbia Supreme Court according to which, it is submitted, municipalities must identify the source of the power they purport to exercise: *Thorcon Enterprises Ltd. v. West Vancouver (District)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 259, followed in *Thorcon Enterprises Ltd. v. West Vancouver (District)*, [1988] B.C.J. No. 323 (QL), *per* Spencer J. With respect, I prefer the reasoning of the Quebec Court of Appeal in *Northern Telecom Ltée v. Lachine (Cité)* (1991), 52 Q.A.C. 63 (leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied, [1992] 2 S.C.R. ix), in which an issue arose as to whether a municipality had to specify on the face of a tax the exact source of the taxation power. After reviewing the relevant case law, Proulx J.A. held that there was no requirement for the legislature to indicate upon the face of its taxation regulation under which enabling legislation the business tax had actually been enacted.

In sum, the only requirement is to possess jurisdiction, not to specify it on the face of every order. In any event, such a specification can very well be meaningless, since jurisdiction must actually exist and not merely be stated to exist.

I would also add that Southin J.A.'s requirement of administrative specification is not only without a jurisprudential foundation, but it is also undesirable in terms of sound public policy. As administrative boards, tribunals and bodies continue to play a larger role in the regulation of the modern state, imposing an administrative specification requirement would considerably augment the transaction costs of government. The respondents' position would thus lead us to somewhat impractical and expensive consequences. Moreover, such a choice is largely a matter for the legislature. Although administrative accountability is an important principle, it is not the only factor to consider.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

7
Les intimés invoquent, à l'appui de leur thèse, un arrêt de la Cour suprême de la Colombie-Britannique selon lequel, font-ils valoir, les municipalités doivent préciser la source du pouvoir qu'elles prétendent exercer: *Thorcon Enterprises Ltd. c. West Vancouver (District)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 259, suivi dans *Thorcon Enterprises Ltd. c. West Vancouver (District)*, [1988] B.C.J. No. 323 (QL), le juge Spencer. En toute déférence, je préfère le raisonnement de la Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Northern Telecom Ltée c. Lachine (Cité)* (1991), 52 Q.A.C. 63 (autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée, [1992] 2 R.C.S. ix), où il fallait déterminer si une municipalité devait, en imposant une taxe, préciser la source exacte de son pouvoir de taxation. Après avoir examiné la jurisprudence pertinente, le juge Proulx a dit que le législateur municipal n'était nullement tenu d'indiquer expressément, dans son règlement, en vertu de quelle loi habilitante il imposait sa taxe d'affaires.

8
Somme toute, on est seulement tenu d'avoir la compétence requise et non de mentionner ce fait dans chaque ordonnance. De toute façon, une telle mention pourrait fort bien être dénuée de sens, car il ne suffit pas d'affirmer qu'une compétence existe, il faut que celle-ci existe réellement.

9
J'ajouterais également que l'obligation, selon le juge Southin, de préciser la source du pouvoir administratif en cause n'a non seulement aucun fondement jurisprudentiel, mais encore qu'elle est peu souhaitable sur le plan d'une saine politique générale. Comme les organismes et les tribunaux administratifs continuent de jouer un rôle plus grand dans la réglementation de l'État moderne, leur imposer une obligation de préciser la source du pouvoir administratif exercé entraînerait une hausse considérable des coûts d'opération du gouvernement. La position des intimés aurait donc des conséquences coûteuses et peu pratiques. De plus, c'est plutôt au législateur qu'il incombe d'effectuer un tel choix. Bien que la responsabilité administrative constitue un principe important, ce n'est pas le seul facteur à considérer.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

- 10 LA FOREST J. — The issue in this case is whether an administrative body with powers derived from more than one source must, when enacting a rule or order, specify on the face of that rule or order the source of the power it is purporting to exercise.
- 11 This is an appeal from the British Columbia Court of Appeal ((1993), 36 B.C.A.C. 12, 58 W.A.C. 12, 19 Admin. L.R. (2d) 88), in which Taylor J.A., speaking for a unanimous court, endorsed certain conclusions reached previously by a majority of that court in *British Columbia (Milk Board) v. Bari Cheese Ltd.* (1991), 83 D.L.R. (4th) 329 (B.C.C.A.) ("*Bari (No. 1)*"). The effect of these conclusions was to invalidate orders made by the appellant Milk Board for the collection of levies relating to milk production in the province. The appellant challenged Taylor J.A.'s reliance on these conclusions. The respondents defended the position taken by the Court of Appeal in *Bari (No. 1)*. In this Court, the respondents' arguments were rejected, and the Court issued judgment allowing the appeal, setting aside the decision of the British Columbia Court of Appeal and restoring the trial judgment in the amount of \$104,190.84 with costs throughout, with reasons to follow. These are my reasons for this conclusion.
- 12 The relevant facts need only be briefly stated. The appellant is a statutory body constituted to regulate the production and marketing of milk and milk products manufactured within the province of British Columbia. The respondents, Gilbert Grisnich and his son Ronald, are dairy farmers. During the relevant period, the appellant was constituted under the *Milk Industry Act*, R.S.B.C. 1979, c. 258, which, in addition to according the appellant certain powers falling within provincial jurisdiction, enables it to accept and exercise authority delegated to it pursuant to the federal *Agricultural Products Marketing Act*, R.S.C., 1985, c. A-6. In this way, the appellant has been vested with both provincial and federal authority in this area. This arrangement is part of a co-operative scheme to manage the production and sale of Canadian milk
- LE JUGE LA FOREST — En l'espèce, il s'agit de déterminer si un organisme administratif dont les pouvoirs émanent de plus d'une source doit, en rendant une décision ou une ordonnance, y préciser la source du pouvoir qu'il prétend exercer.
- Le présent pourvoi est formé contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ((1993), 36 B.C.A.C. 12, 58 W.A.C. 12, 19 Admin. L.R. (2d) 88), dans lequel le juge Taylor a, au nom de la cour à l'unanimité, souscrit à certaines conclusions auxquelles cette même cour était déjà arrivée à la majorité dans *British Columbia (Milk Board) c. Bari Cheese Ltd.* (1991), 83 D.L.R. (4th) 329 (C.A.C.-B.) («*Bari (n° 1)*»). Ces conclusions avaient pour effet d'invalider des ordonnances rendues par l'appellant, le Milk Board, relativement à la perception de droits attachés à la production laitière dans la province. L'appellant s'est élevé contre le fait que le juge Taylor s'était appuyé sur ces conclusions. Les intimés ont défendu la position adoptée par la Cour d'appel dans *Bari (n° 1)*. Notre Cour a rejeté les arguments des intimés, accueilli le pourvoi, annulé l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et rétabli le jugement de première instance accordant la somme de 104 190,84 \$ avec dépens dans toutes les cours, pour des motifs à suivre. Voici les motifs pour lesquels j'en arrive à cette conclusion.
- Il suffit de relater brièvement les faits pertinents. L'appellant est un organisme constitué en vertu de la loi pour réglementer la production et la commercialisation du lait et des produits laitiers fabriqués dans la province de la Colombie-Britannique. Les intimés, Gilbert Grisnich et son fils Ronald, sont des producteurs laitiers. Durant la période en cause, l'appellant a été constitué en vertu de la *Milk Industry Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 258, qui, en plus de lui accorder certains pouvoirs relevant de la province, lui permet d'accepter et d'exercer des pouvoirs qui lui sont délégués conformément à la *Loi sur la commercialisation des produits agricoles*, L.R.C. (1985), ch. A-6. Ainsi, l'appellant a été investi de pouvoirs provinciaux et de pouvoirs fédéraux dans ce domaine. Cet arrangement fait partie d'un régime coopératif de gestion de la pro-

and dairy products destined for both intraprovincial and extraprovincial trade. The appellant participates, along with the Canadian Dairy Commission and other provincial marketing boards, in a National Milk Marketing Plan. According to this Plan, the appellant is empowered to fix and collect levies on milk production in the province, and to use those levies for both its own purposes and expenses and for paying costs and losses incurred by the Canadian Dairy Commission in disposing of milk surplus to Canadian market requirements. The levies are established and collected pursuant to "Milk Market Sharing Orders" issued by the appellant.

In 1988 the appellant commenced an action against Gilbert Grisnich to collect levies owing for over-quota production of milk at the Grisnich farm during two specific time periods. In 1990 Ronald Grisnich was added as a defendant to the action on the ground that he was his father's business partner. At trial, Rowan J. of the Supreme Court gave judgment in favour of the appellant against the respondents in the amount of \$108,105.61 plus interest. It was later agreed by the parties that the trial judge should in fact have awarded \$104,190.84 plus interest.

After the trial of this action, the Court of Appeal released its judgment in *Bari* (No. 1). On appeal in the instant case, the Court of Appeal held that the respondents (appellants in that court) should be permitted to rely on the conclusions reached by Southin J.A. in *Bari* (No. 1) because these conclusions concerned the validity of the Milk Market Sharing Order under which the respondents had been assessed. The effect of these conclusions, Taylor J.A. held, was to invalidate the applicable order on the ground that the Milk Board had not specified on the face of the order from which of its two constitutional sources of subordinate legislative power it purported to draw its authority. The Court of Appeal consequently allowed the appeal and dismissed the action.

duction et de la vente du lait et des produits laitiers canadiens destinés au commerce tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la province. L'appelant participe, avec la Commission canadienne du lait et d'autres offices provinciaux de commercialisation, au Plan national de commercialisation du lait. Selon ce plan, l'appelant peut fixer et percevoir des droits sur la production laitière dans la province et les utiliser à la fois pour ses propres fins et dépenses et en vue de payer les frais engagés et les pertes subies par la Commission canadienne du lait pour se départir du lait produit en excédent des besoins du marché canadien. Ces droits sont fixés et perçus conformément aux «ordonnances de contingentement de la production laitière» («Milk Market Sharing Orders») rendues par l'appelant.

En 1988, l'appelant a intenté une action contre Gilbert Grisnich afin de percevoir des droits dus en raison d'une production supérieure au contingent laitier à la ferme Grisnich durant deux périodes déterminées. En 1990, le nom de Ronald Grisnich a été ajouté en qualité de défendeur à l'action, pour le motif qu'il était l'associé de son père. Au procès, le juge Rowan de la Cour suprême a condamné les intimés à verser à l'appelant la somme de 108 105,61 \$, plus les intérêts. Par la suite, il a été convenu par les parties que le juge de première instance aurait dû, en fait, accorder la somme de 104 190,84 \$, plus les intérêts.

Après le procès relatif à cette action, la Cour d'appel a rendu son jugement dans *Bari* (n° 1). Lors de l'appel dont il est question ici, la Cour d'appel a conclu que les intimés (les appelants devant cette cour) devraient être autorisés à invoquer les conclusions tirées par le juge Southin dans *Bari* (n° 1), parce qu'elles concernaient la validité de l'ordonnance de contingentement de la production laitière en vertu de laquelle les intimés avaient été cotisés. Selon le juge Taylor, ces conclusions avaient pour effet d'invalider l'ordonnance applicable pour le motif que le Milk Board n'avait pas précisé, dans l'ordonnance, de laquelle de ses deux sources constitutionnelles de pouvoir législatif délégué il était censé tirer sa compétence. La Cour d'appel a donc accueilli l'appel et rejeté l'action.

13

14

- 15 The appeal to this Court essentially involved a request by the appellant for us to revise the conclusions reached by Southin J.A. in *Bari (No. 1)*. It should also be noted that many of the same issues litigated in that case have also been raised in a similar case, *British Columbia (Milk Marketing Board) v. Bari Cheese Ltd.* (“*Bari (No. 2)*”), argued before Newbury J. in the British Columbia Supreme Court in 1993, [1993] B.C.J. No. 1748 (QL). An appeal of the trial decision in *Bari (No. 2)* is currently set to be heard in the Court of Appeal in November 1995.
- 16 *Bari (No. 1)* was primarily a constitutional case. Bari Cheese challenged the constitutionality of a provision of the British Columbia *Milk Industry Act* in so far as it purported to empower the Milk Board to collect levies from milk producers when the milk in question was to be processed into cheese and sold on the interprovincial or export market. Southin J.A. noted that after the Court of Appeal’s decision in *British Columbia (Milk Board) v. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1989] B.C.J. No. 212 (QL), the Milk Board could no longer rely on its federal authority under the *Agricultural Products Marketing Act* to impose these levies, because levies under the federal statutory power were restricted in their application to the production of “milk” alone, and could not be applied to cheese. In *Bari (No. 1)*, the Milk Board attempted to justify its power to impose levies on cheese producers on the basis of its provincial jurisdiction to regulate production within the province.
- 17 Southin J.A. held that it would be possible for the Board to justify the levies imposed on cheese producers under provincial authority, but that these levies had nonetheless to be invalidated. She reached this conclusion on the basis that the relevant Milk Market Sharing Orders imposing the levies did not state on their face from which source of statutory authority they were drawn. Southin J.A. held that only if it was known on the face of the enactment which statutory power the appellant . Le pourvoi formé devant notre Cour porte essentiellement sur une requête dans laquelle l’appelant nous demande de réviser les conclusions tirées par le juge Southin dans *Bari (n° 1)*. Il y a lieu aussi de noter que bon nombre des questions en litige dans cette affaire ont également été soulevées dans une affaire similaire, *British Columbia (Milk Marketing Board) c. Bari Cheese Ltd.*, [1993] B.C.J. No. 1748 (QL) («*Bari (n° 2)*»), plaidée en 1993 devant le juge Newbury de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Un appel interjeté contre la décision rendue en première instance dans *Bari (n° 2)* doit être entendu en Cour d’appel en novembre 1995.
- Bari (n° 1)* était essentiellement une affaire constitutionnelle. Bari Cheese contestait la constitutionnalité d’une disposition de la *Milk Industry Act* de la Colombie-Britannique dans la mesure où elle était censée habiliter le Milk Board à percevoir des droits auprès de producteurs laitiers lorsque le lait en question devait être transformé en fromage et vendu sur le marché interprovincial ou sur le marché d’exportation. Le juge Southin a souligné qu’après l’arrêt de la Cour d’appel *British Columbia (Milk Board) c. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1989] B.C.J. No. 212 (QL), le Milk Board ne pouvait plus invoquer le pouvoir fédéral d’imposer ces droits que lui conférait la *Loi sur la commercialisation des produits agricoles*, parce que les droits fixés en vertu de la loi fédérale s’appliquaient uniquement à la production de «lait» et ne pouvaient pas s’appliquer au fromage. Dans *Bari (n° 1)*, le Milk Board a essayé de justifier son pouvoir d’imposer des droits aux producteurs de fromage en s’appuyant sur son pouvoir provincial de réglementer la production dans la province.
- Le juge Southin a conclu que le Milk Board pourrait justifier les droits imposés aux producteurs de fromage en vertu du pouvoir conféré par la province, mais que ces droits devaient néanmoins être invalidés. Elle a abouti à cette conclusion en se fondant sur le fait que les ordonnances de contingentement de la production laitière pertinentes qui imposaient les droits ne précisaient pas de quelle source de pouvoir légal elles émanaient. Le juge Southin a statué que c’est seulement si le

was exercising could there be a judgment as to whether this power was being properly exercised. The citizen and the court should not be left guessing, if a dispute arose, as to what the tribunal was doing when it enacted the order, nor should they be forced to rely on *ex post facto* justifications on the part of the tribunal as to what it was doing at the time, unsupported by any “contemporaneous public expression of its intention” (p. 361). To hold after the fact that the Milk Board could have relied on its provincial authority, when it did not expressly do so at the time, would be to encourage “administrative excess”, Southin J.A. concluded.

It should be emphasized that in this appeal we are solely concerned with this issue of the need for specification on the part of administrative delegates of the source of their statutory authority. No challenge was made before us to the constitutional validity of the levies imposed by the appellant under the Milk Market Sharing Orders, and I have consequently refrained from commenting on this issue. These reasons should not be taken to reflect any particular constitutional position. (I note that the constitutional issue is squarely raised in the case of *Bari* (No. 2), referred to above.)

It is my view that the Court of Appeal’s position on the need for administrative specification must be rejected. There is no precedent for holding that an administrative body must consciously identify the source of power it is relying on, in order for the exercise of that power to be valid. Traditionally, the primary question in reviewing the validity of subordinate legislation has been whether the delegate has authority under the empowering statute to make the impugned enactment. Any regulation, rule or order must be consistent with the purposes of the empowering statute, and cannot be designed to achieve some collateral purpose, extraneous to the statute’s objectives. Provided that the subordinate legislation is within the bounds or

texte adopté indiquait quel pouvoir légal l’appelant exerçait que l’on pourrait décider si ce pouvoir était exercé correctement. Il ne faudrait pas que le citoyen et la cour de justice soient obligés de deviner, dans l’éventualité d’un litige, ce que faisait le tribunal administratif lorsqu’il a rendu l’ordonnance ni qu’ils soient obligés de se fonder sur des justifications que le tribunal administratif fournirait après coup sur ce qu’il faisait à l’époque, mais qui ne seraient étayées par aucune [TRADUCTION] «déclaration publique de son intention à ce moment-là» (p. 361). Le juge Southin a statué que conclure après coup que le Milk Board aurait pu s’appuyer sur son pouvoir provincial, alors qu’il ne l’a pas fait expressément à l’époque, reviendrait à encourager les «abus administratifs».

Il y a lieu de souligner que, dans le présent pourvoi, nous ne sommes saisis que de la question de la nécessité pour les délégués administratifs de préciser la source de leur pouvoir légal. On n’a pas contesté devant nous la constitutionnalité des droits imposés par l’appelant en vertu des ordonnances de contingentement de la production laitière, et je m’abstiens donc de faire des observations sur cette question. Il ne faudrait pas considérer que les présents motifs reflètent quelque position constitutionnelle particulière. (Je constate que la question constitutionnelle est soulevée directement dans l’affaire *Bari* (n° 2) susmentionnée.)

J’estime qu’il faut rejeter la position de la Cour d’appel quant à la nécessité, de la part des délégués administratifs, de préciser la source de leur pouvoir légal. Aucun précédent ne permet de conclure qu’un organisme administratif doit indiquer sciemment la source de pouvoir sur laquelle il s’appuie, pour que l’exercice de ce pouvoir soit valide. Traditionnellement, la principale question qui se pose lors du contrôle de la validité d’un texte de législation déléguée est de savoir si le délégué a, en vertu de la loi habilitante, le pouvoir d’adopter le texte contesté. Tout règlement, toute décision ou toute ordonnance doivent être compatibles avec les objectifs de la loi habilitante et ne sauraient être destinés à réaliser une fin secondaire qui serait étrangère aux objectifs de la loi en cause. Pourvu que la législation déléguée reste dans les limites ou

18

19

“sphere” of statutory authority, it will be valid, and will not be reviewable on its merits.

20 There is little room in this traditional analysis for considering the mindset of the delegate itself, and I see no basis for interfering with the established approach. Courts are primarily concerned with whether a statutory power exists, not with whether the delegate knew how to locate it; see J. M. Keyes, *Executive Legislation: Delegated Law Making by the Executive Branch* (1992), at p. 138. Indeed it is well accepted that a delegate can be wrong in identifying its own jurisdiction. The mistaken identification by a delegate of a source of authority later found by the courts to be invalid will not help to support an unlawful administrative order or decision. If the specification of authority cannot assist an administrative tribunal in justifying its otherwise invalid enactments, why should the lack of specification compromise those enactments that would otherwise be valid?

21 The respondents offered two main reasons for imposing a requirement of administrative specification in the peculiar context of administrative bodies having concurrent powers from both the federal and provincial governments. The first was to encourage discipline on the part of such bodies when they enact subordinate legislation; the second was to increase their accountability to the public. For the reasons that follow, I find neither of these arguments persuasive. Though the respondents' claim respecting accountability is not without merit, it is, in my view, outweighed by the administrative efficiencies of the joint-delegation scheme.

22 When administrative bodies act, it is to be presumed that they believe themselves to be within the bounds of their statutory authority. The respondents in this case argued that to require bodies exercising powers from various sources to identify the authority they are relying on would ensure greater discipline in the decision-making of these bodies. While discipline in administrative decision-making is to be encouraged, it does not, in my

la «sphère» du pouvoir conféré par la loi, elle sera valide et ne sera pas susceptible d'examen au fond.

Cette analyse traditionnelle laisse peu de place à l'examen de la mentalité du délégué lui-même, et je ne vois aucune raison de modifier la méthode établie. Les tribunaux se préoccupent principalement de savoir s'il existe un pouvoir conféré par la loi, et non de savoir si le délégué savait comment le trouver; voir J. M. Keyes, *Executive Legislation: Delegated Law Making by the Executive Branch* (1992), à la p. 138. En fait, il est bien admis qu'un délégué peut se tromper lorsqu'il détermine sa propre compétence. L'identification erronée par le délégué d'une source de pouvoir, que les tribunaux jugent invalide par la suite, n'aidera pas à justifier une ordonnance ou une décision administrative illégale. Si la mention de la source de son pouvoir ne peut aider un tribunal administratif à justifier ses décisions qui seraient par ailleurs invalides, pourquoi l'absence d'une telle mention devrait-elle compromettre les décisions qui seraient par ailleurs valides?

Les intimés ont invoqué deux raisons principales d'imposer l'obligation de préciser la source de pouvoir dans le contexte particulier des organismes administratifs qui ont été investis de pouvoirs concomitants par les gouvernements fédéral et provincial. La première était d'inciter de tels organismes à faire preuve de discipline au moment d'adopter un texte de législation déléguée; la deuxième était d'accroître leur responsabilité envers le public. Pour les raisons qui suivent, je ne trouve aucun de ces arguments convaincant. Bien que la prétention des intimés relativement à la responsabilité ne soit pas sans valeur, je crois que l'efficacité administrative du régime de délégation conjointe de pouvoirs l'emporte sur elle.

Lorsque des organismes administratifs agissent, on doit présumer qu'ils croient le faire dans les limites des pouvoirs qui leur sont conférés par la loi. En l'espèce, les intimés ont soutenu qu'obliger les organismes qui exercent des pouvoirs émanant de plusieurs sources à préciser le pouvoir sur lequel ils se fondent, assurerait une meilleure discipline dans le processus décisionnel de ces organismes. Quoiqu'il faille encourager la discipline dans

view, warrant imposing the unprecedented requirement that delegates specify the source of their statutory authority. Administrative bodies such as the appellant are not in the business of identifying jurisdiction; their function is to regulate a specific, technical industry. Their members are specifically chosen because they possess expertise in this area, not because they are familiar with jurisdictional issues.

The determination of jurisdiction is ultimately the function of the judiciary. As I indicated above, an incorrect statement on the part of an administrative body such as the appellant as to its own subordinate jurisdiction will provoke no deference on judicial review. To the extent that such a body misstates the source of its authority, this misstatement, if challenged, will be corrected by the courts. Imposing the requirement of specification upon it would unduly complicate its decision-making, requiring it to become expert in questions of jurisdiction far removed in substance from the actual daily exercise of its statutory responsibility to implement marketing orders. This requirement could lead to the invalidation of otherwise valid subordinate rules simply because of an honest mistake on the part of the agency as to the source of its jurisdiction.

The respondents argue that imposing the requirement of administrative specification on bodies exercising concurrent powers would increase the accountability of these bodies, for citizens would be aware which level of government to petition in the event that they had a complaint about the powers exercised by the administrative body. Though this argument is not without weight from a policy perspective, I do not believe it warrants the imposition of a novel and unprecedented legal requirement in this context. Rather than increasing administrative efficiency and public accountability, imposing such a requirement would, in my view, run the risk of further muddying

la prise de décisions administratives, cela ne justifie pas, à mon avis, d'imposer aux délégués l'obligation sans précédent de préciser la source de leur pouvoir légal. La tâche d'un organisme administratif comme l'appellant n'est pas de préciser sa compétence; son rôle consiste à réglementer un secteur technique particulier. Ses membres sont choisis précisément parce qu'ils possèdent des connaissances spécialisées dans le domaine et non parce qu'ils connaissent bien les questions de compétence.

La détermination de la compétence relève en fin de compte du pouvoir judiciaire. Comme je l'ai indiqué précédemment, si un organisme administratif comme l'appellant donne un renseignement inexact sur ses propres pouvoirs délégués, cela n'aura aucune répercussion sur le contrôle judiciaire. Dans la mesure où un tel organisme donne un renseignement inexact sur la source de son pouvoir, ce renseignement inexact, s'il est contesté, sera corrigé par les tribunaux. Lui imposer l'obligation de préciser cette source compliquerait indûment son processus décisionnel, en l'obligeant à devenir un spécialiste des questions de compétence, ce qui est essentiellement loin de l'exercice quotidien de sa responsabilité légale de mettre à exécution des ordonnances en matière de commercialisation. Cette obligation pourrait mener à l'invalidation de décisions prises en vertu de pouvoirs délégués, qui seraient par ailleurs valides, du seul fait d'une erreur honnête commise par l'organisme au sujet de la source de sa compétence.

Les intimés allèguent qu'imposer à des organismes administratifs qui exercent des pouvoirs concomitants l'obligation de préciser la source de leur pouvoir légal accroîtrait leur responsabilité, car les citoyens sauraient à quel palier de gouvernement s'adresser s'ils devaient porter plainte au sujet des pouvoirs exercés par l'organisme en question. Bien que cet argument ne soit pas dépourvu de toute valeur sur le plan des principes, je ne crois pas qu'il justifie ici l'imposition d'une nouvelle obligation légale sans précédent. Plutôt que d'accroître l'efficacité administrative et la responsabilité publique, imposer une telle obligation risquerait, à mon avis, d'embrouiller davantage un domaine du

23

24

ing a sometimes already somewhat murky area of the law. One danger is that in seeking to divine all the potential sources of their statutory authority, an administrative body would refer broadly and repetitively, in each of its pieces of subordinate legislation, to a long series of statutory provisions. Instead of assisting the public, such a practice would simply obscure the potential sources of authority for the enactment, serving neither to inform the public nor to increase the accountability of the administrative body in question; see Keyes, *Executive Legislation*, *supra*, at p. 139.

25 In the case of a statutory body empowered from multiple sources, the requirement of specification would be particularly onerous to the extent that it required this body to “choose” which source of power it was relying on each time it made a new enactment, rather than exercise its multiple powers concurrently. Such an obligation would run the risk of rendering meaningless the system of joint delegation, some of the advantages of which I have elsewhere outlined; see my article on “Delegation of Legislative Power in Canada” (1975), 21 *McGill L.J.* 131, at pp. 140-42.

26 The very point of an administrative inter-delegation scheme such as the one in the case at bar is to ensure that a provincial marketing board is possessed of the totality of regulatory power over one agricultural product. The very reason such joint federal-provincial schemes are necessary is because no one level of government is constitutionally empowered to regulate all aspects of intraprovincial and extraprovincial trade. As the respondents noted, the administrative inter-delegation scheme is a means of allowing Parliament to delegate administrative powers to a body created by the provincial legislature in a manner that avoids the rule against legislative inter-delegation established by this Court in *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31 (“*Nova Scotia Inter-delegation*”). The constitutionality of such arrangements has been repeatedly endorsed by this Court; see for example *P.E.I. Potato Marketing Board v. H. B.*

droit qui est parfois déjà quelque peu confus. L’un des dangers est qu’en cherchant à découvrir toutes les sources possibles des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, un organisme administratif mentionnerait de façon générale et répétitive, dans chacun de ses textes de législation déléguée, une longue série de dispositions législatives. Au lieu d’aider le public, une telle pratique embrouillerait simplement les sources possibles de pouvoir relativement au texte en cause, ce qui ne servirait ni à informer le public ni à accroître la responsabilité de l’organisme administratif en question; voir Keyes, *Executive Legislation*, *op. cit.*, à la p. 139.

Dans le cas d’un organisme créé par une loi et investi de pouvoirs émanant de plusieurs sources, l’obligation de préciser la source de pouvoir serait particulièrement lourde dans la mesure où cet organisme devrait «choisir» la source de pouvoir sur laquelle il s’appuie chaque fois qu’il adopte un nouveau texte, plutôt que d’exercer ses multiples pouvoirs de façon concomitante. Une telle obligation risquerait de faire perdre son sens au système de délégation conjointe, dont j’ai déjà souligné ailleurs certains avantages; voir mon article intitulé «Delegation of Legislative Power in Canada» (1975), 21 *McGill L.J.* 131, aux pp. 140 à 142.

Un régime de délégation de pouvoirs administratifs comme celui dont il est question en l’espèce vise exactement à doter un office provincial de commercialisation du pouvoir intégral de réglementer un produit agricole donné. De tels régimes fédéraux-provinciaux sont nécessaires justement parce qu’aucun palier de gouvernement n’est constitutionnellement habilité à réglementer tous les aspects du commerce à l’intérieur et à l’extérieur des provinces. Comme l’ont fait remarquer les intimés, le régime de délégation de pouvoirs administratifs permet au Parlement de déléguer des pouvoirs administratifs à un organisme créé par la législature provinciale, sans contrevenir à la règle interdisant la délégation de pouvoirs législatifs établie par notre Cour dans *Attorney General of Nova Scotia c. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31 («*Nova Scotia Inter-delegation*»). La constitutionnalité de tels arrangements a été confirmée à maintes reprises par notre Cour; voir, par

Willis Inc., [1952] 2 S.C.R. 392, and *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198. To require an administrative agency overseeing and implementing a national marketing scheme to “choose” between its federal and provincial authority would defeat the very *raison d’être* of the scheme.

The respondents, however, suggest that a system of dual, or “mirror”, legislation, with both federal and provincial regulations clearly identified, could accomplish the objectives served by the current joint delegation scheme, while at the same time allowing the citizen to know more clearly what level of government was responsible in any given situation. Not only does this proposal strike me as being duplicative and expensive, but it is also hard to understand how such a scheme would assist the individual citizen. There is a certain simplicity, and indeed a form of accountability, that results from Parliament and the provincial legislatures having empowered one expert body, with authority derived from both sources, to regulate a particular and complicated technical area of the law. Citizens affected by milk regulations benefit from a scheme that requires them to comply with the regulations of only one administrative body, rather than two. A system of dual legislation would likely only increase the number of subordinate regulations, rules and orders in this area, thus potentially contributing to greater frustration and malcontent on the part of the citizenry.

In his oral presentation, counsel for the respondents relied in support of his position on certain principles emphasized by this Court in the *Nova Scotia Inter-delegation* case. He argued that the basic principles of Parliamentary democracy and accountability that motivated the Court in reaching its decision in that case should be extended to the current situation. Just as Parliament and the provincial legislatures are obliged to frame their own legislation carefully, so that it falls squarely within a permissible head of authority under the Constitu-

exemple, *P.E.I. Potato Marketing Board c. H. B. Willis Inc.*, [1952] 2 R.C.S. 392, et *Renvoi relatif à la Loi sur l’organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198. Exiger d’un organisme administratif qui surveille et met en œuvre un programme national de commercialisation qu’il «choisisse» entre son pouvoir fédéral et son pouvoir provincial irait à l’encontre de la raison d’être même du programme.

Les intimés laissent entendre toutefois qu’un système de législation double ou «spéculaire», dans lequel les règlements fédéraux et provinciaux seraient indiqués clairement, pourrait réaliser les objectifs visés par le régime actuel de délégation conjointe tout en permettant au citoyen de savoir plus clairement quel palier de gouvernement était responsable dans une situation donnée. Non seulement cette proposition me semble-t-elle faire double emploi et être coûteuse, mais il est également difficile de comprendre comment un tel régime aiderait le simple citoyen. Une certaine simplicité et, voire même, une certaine forme de responsabilité résultent du fait que le Parlement et les législatures provinciales aient doté un seul organisme spécialisé du pouvoir, émanant de deux sources, de réglementer un certain domaine technique et compliqué du droit. Les citoyens touchés par la réglementation du lait bénéficient d’un régime qui exige qu’ils se conforment aux règlements d’un seul organisme administratif plutôt que de deux. Un système de législation double risquerait seulement d’accroître le nombre de règlements, de décisions et d’ordonnances pris dans ce domaine en vertu de pouvoirs délégués et contribuerait peut-être ainsi à frustrer et à mécontenter davantage les citoyens.

Dans sa plaidoirie, l’avocat des intimés s’est appuyé sur un certain nombre de principes soulignés par notre Cour dans l’arrêt *Nova Scotia Inter-delegation*. Il a soutenu qu’il y a lieu d’appliquer à la situation présente les principes fondamentaux de démocratie et de responsabilité parlementaires qui ont motivé la décision de la Cour dans cette affaire. De même que le Parlement et les législatures provinciales sont tenus de formuler avec soin leurs propres lois, afin qu’elles relèvent nettement d’un chef de compétence constitution-

tion, so too, he urged, should subordinate bodies exercise care and discipline in drafting their subordinate orders and regulations. He suggested that our constitutional order requires the imposition of this discipline on subordinate bodies, in order that the twin principles of Parliamentary democracy and accountability are met.

nel, de même également, a-t-il fait valoir, les organismes subalternes devraient faire preuve de prudence et de discipline dans la rédaction de leurs ordonnances et règlements pris en vertu de pouvoirs délégués. Il a laissé entendre que notre ordre constitutionnel exige l'imposition de cette discipline aux organismes subalternes, afin que soit respecté le double principe de la démocratie et de la responsabilité parlementaires.

29 In my view, the *Nova Scotia Inter-delegation* case is not determinative in the present case for two reasons. First, unlike the *Nova Scotia Inter-delegation* case, the present case is not a legislative delegation case. We are not talking here of one level of government delegating powers over one of its areas of jurisdiction to another government. Instead, the case at bar involves an administrative inter-delegation scheme, where Parliament and provincial legislatures have both chosen to empower one subordinate body to implement the details of a national marketing strategy, the broad outlines of which they have co-operatively established. There was no question in the *Nova Scotia Inter-delegation* case that each level of government was free, acting within its own constitutional sphere, to delegate authority to a subordinate body. That the same subordinate body can accept and exercise powers from both levels of government is evident from the decisions of this Court in *P.E.I. Potato Marketing Board* and the *Agricultural Products Reference* referred to above.

À mon avis, l'arrêt *Nova Scotia Inter-delegation* n'est pas déterminant en l'espèce pour deux raisons. Premièrement, contrairement à l'arrêt *Nova Scotia Inter-delegation*, il n'est pas question, en l'espèce, d'une délégation de pouvoirs législatifs. Nous ne parlons pas ici d'un palier de gouvernement qui délègue à un autre gouvernement des pouvoirs relatifs à l'un de ses domaines de compétence. Il est plutôt question d'un régime de délégation de pouvoirs administratifs, dans lequel le Parlement et les législatures provinciales ont tous deux choisi d'habiliter un organisme subalterne à mettre en œuvre les modalités d'une stratégie nationale de commercialisation dont ils avaient établi ensemble les grandes lignes. Dans l'arrêt *Nova Scotia Inter-delegation*, il n'était nullement question que chaque palier de gouvernement soit libre, dans les limites de sa propre sphère de compétence constitutionnelle, de déléguer des pouvoirs à un organisme subalterne. Il ressort manifestement des arrêts susmentionnés de notre Cour, *P.E.I. Potato Marketing Board* et *Renvoi relatif aux produits agricoles*, que le même organisme subalterne peut accepter et exercer des pouvoirs émanant des deux paliers de gouvernement.

30 Second, I do not believe the principles of Parliamentary democracy and accountability emphasized by the Court in the *Nova Scotia Inter-delegation* case warrant imposing on administrative bodies the kind of requirement advocated by the respondents. All that is constitutionally required of subordinate bodies — as of federal and provincial governments — is that they act within their jurisdiction, not that they state the source of this jurisdiction. As for the question of accountability, in the *Nova Scotia Inter-delegation* case, the Court was concerned with this principle at its most fun-

Deuxièmement, je ne crois pas que les principes de démocratie et de responsabilité parlementaires soulignés par notre Cour, dans l'arrêt *Nova Scotia Inter-delegation*, justifient que l'on impose aux organismes administratifs le genre d'obligation préconisée par les intimés. Tout ce que la Constitution exige des organismes subalternes, tout comme des gouvernements fédéral et provinciaux, c'est qu'ils agissent dans les limites de leur compétence, et non qu'ils déclarent la source de cette compétence. Comme pour la question de la responsabilité, dans l'arrêt *Nova Scotia Inter-delegation*, la

damental level. At issue was the accountability of federal and provincial governments for law-making in broad and substantive policy areas exclusively reserved to them under the Constitution. In the present case, the appellant is responsible for filling in the details of a national scheme, already agreed to in principle by both levels of government. By nature, the appellant's orders are technical and specific. They are not designed to establish broad policy directions or strategies, for this more general course has already been set by the federal and provincial governments acting co-operatively. In so far as it may be somewhat confusing for the citizen to sort out the question of jurisdiction because two levels of government are ultimately accountable for the appellant's actions, that is the very nature of a national marketing scheme. If we are going to tolerate joint delegation arrangements — permissible as a matter of constitutional law and desirable, in my view, as a matter of practice — then we must accept that the details of these arrangements will be implemented by marketing boards empowered from multiple sources. Citizens must look first to these boards to be accountable for their actions, and then to the two levels of government that have constituted them. In my view any potential loss in accountability that results in this situation is more than made up for by the benefits and practicalities of the joint delegation arrangement.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Peterson Stark, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Cour s'intéressait à ce principe à son niveau le plus fondamental. Il s'agissait de la responsabilité des gouvernements fédéral et provincial de légiférer dans des domaines de fond généraux qui relevaient de leur compétence exclusive en vertu de la Constitution. En l'espèce, l'appellant est chargé de mettre au point les modalités d'un programme national déjà acceptées en principe par les deux paliers de gouvernement. Les ordonnances rendues par l'appellant sont de nature technique et particulière. Elles ne sont pas destinées à établir des directives ou des stratégies générales, car cette orientation plus générale a déjà été établie conjointement par les gouvernements fédéral et provincial. Dans la mesure où il peut être quelque peu difficile pour le citoyen de régler la question de compétence du fait que deux paliers de gouvernement soient responsables en fin de compte des actes de l'appellant, c'est là la nature même d'un programme national de commercialisation. Si nous devons tolérer des délégations conjointes de pouvoirs — permises en droit constitutionnel et souhaitable en pratique, à mon avis —, nous devons alors accepter que les modalités de ces délégations soient mises en œuvre par des offices de commercialisation investis de pouvoirs émanant de plusieurs sources. Les citoyens doivent d'abord veiller à ce que ces offices soient responsables de leurs actes, et aborder ensuite la question des deux paliers de gouvernement qui les ont constitués. À mon avis, toute perte possible de responsabilité qui résulte de cette situation est plus que compensée par les avantages et les aspects pratiques de la délégation conjointe de pouvoirs.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appellant: Peterson Stark, Vancouver.

Procureurs des intimés: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Wayne Scott Crosby Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. CROSBY

File No.: 24116.

Hearing and judgment: April 24, 1995.

Reasons delivered: June 22, 1995.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal law — Sexual assault — Evidence — Admissibility — Statements making reference, some only incidentally, to previous sexual activity — Counsel wishing to cross-examine on inconsistent statements made to police and on preliminary hearing to test credibility — Whether or not Criminal Code (s. 276) bar to admitting statements making reference to previous sexual activity applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 276.

The appellant and a friend were both charged with sexually assaulting the complainant. They were tried separately. The appellant was convicted at trial and the conviction was upheld by the Court of Appeal. The appellant then appealed, as of right, on the basis that the trial judge had erred in excluding, pursuant to s. 276 of the *Criminal Code*, certain prior inconsistent statements made by the complainant. Credibility was a major issue: the complainant testified that both men had attacked her and forced her to engage in non-consensual sexual acts and the appellant testified that she had consented throughout. The defence theory was that the complainant had fabricated the allegation of sexual assault against the appellant and the other accused after she was confronted by her parents about her sexual activity. The defence sought permission from the trial judge to lead evidence or cross-examine the complainant on four different statements that were alleged to be inconsistent with earlier statements, all of which referred in some way to sexual activity other than that which formed the subject matter of the charge and thereby triggered s. 276 scrutiny. The trial judge allowed evidence to be led on

Wayne Scott Crosby Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. CROSBY

N° du greffe: 24116.

Audition et jugement: 24 avril 1995.

Motifs déposés: 22 juin 1995.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit criminel — Agression sexuelle — Preuve — Admissibilité — Déclarations faisant allusion, certaines de façon incidente seulement, à une activité sexuelle antérieure — Contre-interrogatoire sur les déclarations contradictoires faites à la police et à l'enquête préliminaire demandé par l'avocat pour apprécier la crédibilité — La disposition du Code criminel (art. 276) qui rend inadmissibles les déclarations faisant mention d'une activité sexuelle antérieure est-elle applicable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276.

L'appellant et son ami ont tous deux été accusés d'agression sexuelle sur la plaignante. Ils ont été jugés séparément. L'appellant a été déclaré coupable au procès, et la déclaration de culpabilité a été maintenue par la Cour d'appel. L'appellant a interjeté appel de plein droit pour le motif que le juge du procès a commis une erreur en excluant certaines déclarations antérieures incompatibles de la plaignante, conformément à l'art. 276 du *Code criminel*. La crédibilité était un élément central de la cause: la plaignante a témoigné avoir été agressée par les deux hommes et contrainte à avoir des rapports sexuels avec eux, alors que l'appellant a soutenu qu'elle avait toujours été consentante. Selon la théorie de la défense, la plaignante aurait prétendu avoir été agressée sexuellement par l'appellant et l'autre accusé après que ses parents lui eurent reproché ses activités sexuelles. La défense a demandé au juge du procès l'autorisation de présenter une preuve ou de contre-interroger la plaignante relativement à quatre déclarations qu'on alléguait être contradictoires à des déclarations antérieures et qui se rapportaient toutes, d'une certaine manière, à une activité sexuelle autre que celle à l'ori-

one of the four statements, and excluded the other three. In the first excluded statement, the complainant indicated that she had visited the appellant on the day of the alleged sexual assault with the intention of having sexual intercourse with him. This statement was inconsistent with the complainant's testimony at trial and at the preliminary hearing. It was ruled inadmissible because it included an incidental police reference to an earlier sexual encounter between the complainant and the appellant. In the second excluded statement, the complainant described unwanted sexual touching by the other accused a few hours prior to the alleged sexual assault. There was minor inconsistency between this description and her description of these events at the preliminary hearing. Finally, in the third excluded statement, the complainant supposedly told the appellant and the other accused, after the alleged sexual assault, that she had engaged in group sex on prior occasions. The defence of honest but mistaken belief in consent was not raised and the constitutionality of s. 276 of the *Code* was not challenged. The only issue here was with regard to the proper application of this provision.

Held: The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier J.J.: The trial judge erred in excluding the first statement. The material inconsistency between this statement and the complainant's later testimony raised questions as to the complainant's credibility. Excluding this statement denied defence counsel the opportunity to cross-examine the complainant on this material inconsistency. Ordinarily, nothing would prevent such a cross-examination. In this case, however, the material inconsistency was inextricably linked to a police reference to an earlier consensual sexual contact between the complainant and the appellant. The trial judge, in invoking s. 276, therefore excluded otherwise admissible evidence (the complainant's prior statement as to her original intention in going to appellant's house) by piggybacking it atop otherwise *prima facie* inadmissible evidence (the evidence of the unrelated sexual activity). It would be unfair for an accused person to be denied access to evidence which is otherwise admissible and relevant to that person's defence if the prejudice related to admitting that evidence is uniquely attributable to the authorities' conduct. Section 276 was never designed or

gine de l'accusation, ce qui a entraîné l'application de l'art. 276. Le juge du procès a autorisé la production d'éléments de preuve à l'égard de l'une des quatre déclarations, à l'exclusion des trois autres. Dans la première déclaration exclue, la plaignante indiquait s'être rendue chez l'appellant le jour de la prétendue agression sexuelle dans l'intention d'avoir des rapports sexuels avec lui. Cette déclaration était contradictoire à son témoignage au procès et lors de l'enquête préliminaire. Elle a été jugée inadmissible pour le motif que la police y faisait allusion de façon incidente à d'autres rapports sexuels entre la plaignante et l'appellant. Dans la deuxième déclaration exclue, la plaignante décrivait des attouchements sexuels auxquels l'autre accusé se serait livré, sans qu'elle y consente, quelques heures avant la prétendue agression sexuelle. Il y avait une légère contradiction entre cette description et celle qu'elle a faite des événements lors de l'enquête préliminaire. Enfin, dans la troisième déclaration exclue, la plaignante aurait dit à l'appellant et à l'autre accusé, après la prétendue agression sexuelle, qu'elle avait déjà eu des relations sexuelles en groupe. Le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement n'a pas été soulevé et la constitutionnalité de l'art. 276 du *Code* n'est pas contestée. Le litige porte uniquement sur l'application adéquate de cette disposition.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier: Le juge du procès a commis une erreur en excluant la première déclaration. La contradiction importante entre cette déclaration et le témoignage subséquent de la plaignante soulevait des questions quant à sa crédibilité. L'exclusion de cette déclaration a privé l'avocat de la défense de la possibilité de contre-interroger la plaignante sur cette contradiction importante. Généralement, rien n'empêcherait un tel contre-interrogatoire. En l'espèce, cependant, la contradiction importante était inextricablement liée à la mention par la police de rapports sexuels antérieurs librement consentis entre la plaignante et l'appellant. Le recours à l'art. 276 par le juge du procès a eu pour effet d'exclure un élément de preuve par ailleurs admissible (la déclaration antérieure de la plaignante concernant son intention initiale lorsqu'elle s'est rendue chez l'appellant), en le greffant à un élément de preuve par ailleurs irrecevable à première vue (la preuve des rapports sexuels non reliés à l'accusation). Il serait inéquitable qu'un accusé ne puisse avoir accès à un élément de preuve qui, par ailleurs, est admissible et pertinent pour sa défense lorsque le préjudice lié à l'admission de cette preuve est uniquement imputable au comportement des autorités. L'intention du législateur n'a jamais été de

intended to be employed to prevent cross-examination in such a situation.

Section 276 cannot be interpreted so as to deprive a person of a fair defence. This does not mean, however, that the accused is entitled to the most beneficial procedures possible. Rather, judges must undertake a balancing exercise under s. 276 that is sensitive to many differing and potentially conflicting interests. In the present case, consideration of these factors favoured admission of the first excluded statement. Under the circumstances, the judge should have admitted the prior statement on the basis that it had significant probative value on the issue of credibility which was not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice. In order to minimize any possible prejudice to the fairness of the trial, however, the admission of this evidence should be accompanied by a clear warning to the jury that the only significance of this evidence is in relation to the effect of the inconsistent statements on the complainant's credibility.

The evidence of sexual conduct unrelated to the subject matter of the charge was not relevant to the issue of "motive to fabricate" on the part of the complainant. This evidence was not shown to be probative of that defence.

The trial judge did not err in excluding the second excluded statement. The purported inconsistency relating to the complainant's description of unwanted sexual touching by the other accused did not relate in any way to the activity forming the subject matter of the charge. Moreover, this inconsistency was so minor and so ancillary as to fail to be capable of undermining the complainant's credibility in any meaningful way. The impugned evidence did not have significant probative value of any issue that was relevant at trial, as required by s. 276(2) of the *Code*.

The third statement was also properly excluded. The defence maintained that it was indicative of the complainant's state of mind after the sexual activity and therefore probative of the fact that she had actually consented. The appellant, however, had ample opportunity to testify as to the complainant's conduct after the alleged assault. Introduction of this alleged statement, which the complainant denied making, did not add significantly to the relevant issue sought to be advanced by the defence at trial and, even if it did, its probative value was, under the circumstances, substantially outweighed by the danger of prejudice to the accused.

faire en sorte que l'art. 276 fasse obstacle au contre-interrogatoire en pareil cas.

L'article 276 ne peut être interprété de façon à priver une personne du droit à une défense équitable. Toutefois, il n'en résulte pas que l'accusé a le droit de bénéficier des procédures les plus favorables qui soient. Le juge doit plutôt, aux termes de l'art. 276, établir un équilibre entre de nombreux intérêts divergents, voire opposés. Dans la présente affaire, l'examen de ces facteurs favorisait l'admission de la première déclaration exclue. Dans les circonstances, le juge aurait dû admettre la déclaration antérieure pour le motif qu'elle avait une valeur probante importante quant à la question de la crédibilité par rapport au risque d'effet préjudiciable de cette preuve sur la bonne administration de la justice. Cependant, afin de réduire au minimum le risque d'atteinte au caractère équitable du procès, l'admission de cet élément de preuve devrait se doubler d'une mise en garde claire au jury selon laquelle cette preuve n'a d'importance qu'en ce qui concerne l'effet des déclarations incompatibles sur la crédibilité de la plaignante.

La preuve d'un comportement sexuel non relié à l'accusation n'était pas pertinente quant à l'existence d'un «motif de fabrication» chez la plaignante. On n'a pas montré comment cette preuve avait quelque valeur probante relativement à ce moyen de défense.

Le juge du procès n'a commis aucune erreur en excluant la deuxième déclaration. La prétendue contradiction quant à la description par la plaignante d'attouchements sexuels importuns auxquels se serait livré l'autre accusé ne se rapportait aucunement à l'activité à l'origine de l'accusation. En outre, cette contradiction est si insignifiante et si accessoire qu'elle ne saurait miner véritablement la crédibilité de la plaignante. L'élément de preuve contesté n'avait pas une grande valeur probante à l'égard d'une question en litige, comme l'exige le par. 276(2) du *Code*.

La troisième déclaration a également été justement exclue. La défense a soutenu que cette déclaration montrait dans quel état d'esprit se trouvait la plaignante après les rapports sexuels en cause et, par conséquent, tendait à prouver qu'il y avait eu consentement. Toutefois, l'appelant a pu témoigner amplement au sujet du comportement de la plaignante après la prétendue agression. La production de cette prétendue déclaration, que la plaignante a nié avoir faite, n'était pas substantiellement la thèse soutenue par la défense au procès et, même si tel avait été le cas, le risque d'effet préjudiciable à l'accusé, dans les circonstances, l'emportait sensiblement sur sa valeur probante.

This was not an appropriate case to apply the curative provision of the *Criminal Code* (s. 686(1)(b)(iii)).

Per Sopinka, Iacobucci and Major JJ.: The complainant's statement about previous experience with group sex (the third statement) should be admitted. The decision to exclude this evidence precluded not only cross-examination on the statement but also the evidence of the accused with respect to it. Although consent cannot be given *ex post facto*, a statement made *ex post facto* that there was consent or from which this can be inferred is highly relevant. This proposed evidence, if accepted by the jury, was capable of supporting the interpretation advanced by counsel for the accused. A reference by the complainant immediately after group sex (allegedly non-consensual) to a previous experience with consensual group sex strongly implies that the complainant is equating the two episodes and that they were both consensual.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Dickson* (1993), 81 C.C.C. (3d) 224 (Y.T.C.A), aff'd [1994] 1 S.C.R. 153; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *State v. Jalo*, 557 P.2d 1359 (1976).

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276 [am. c. 19 (3rd Supp.), s. 12; rep. & sub. S.C. 1992, c. 38, s. 2], 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1994), 130 N.S.R. (2d) 61, 367 A.P.R. 61, 88 C.C.C. (3d) 353, dismissing the accused's appeal from his conviction by Macdonald J. sitting with jury on a charge of sexual assault. Appeal allowed.

Philip J. Star, for the appellant.

Kenneth W. F. Fiske, Q.C., for the respondent.

Il ne s'agit pas d'un cas où il serait opportun d'invoquer la disposition réparatrice du *Code criminel* (soul. 686(1)(b)(iii)).

Les juges Sopinka, Iacobucci et Major: La déclaration de la plaignante concernant une expérience antérieure de rapports sexuels en groupe (la troisième déclaration) devrait être admise. La décision d'exclure cette preuve fermait la porte non seulement au contre-interrogatoire sur la déclaration, mais aussi au témoignage de l'accusé à cet égard. S'il est vrai que le consentement ne peut être donné après coup, la déclaration faite après coup qu'il y a eu consentement, ou de laquelle on peut inférer ce consentement, est fort pertinente. Si le jury avait accepté le témoignage que l'on proposait de présenter, celui-ci aurait pu étayer l'interprétation avancée par l'avocat de l'accusé. Le fait que, immédiatement après avoir eu des rapports sexuels en groupe (auxquels elle allègue ne pas avoir consenti), la plaignante fasse allusion à une expérience antérieure où elle a consenti à avoir des rapports sexuels en groupe implique fortement qu'elle établit un lien entre les deux épisodes et qu'elle a consenti chaque fois.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Dickson* (1993), 81 C.C.C. (3d) 224 (C.A.T.Y.), conf. par [1994] 1 R.C.S. 153; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *State c. Jalo*, 557 P.2d 1359 (1976).

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276 [mod. ch. 19 (3^e suppl.), art. 12; abr. & rempl. L.C. 1992, ch. 38, art. 2], 686(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1994), 130 N.S.R. (2d) 61, 367 A.P.R. 61, 88 C.C.C. (3d) 353, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Macdonald siégeant avec jury relativement à une accusation d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli.

Philip J. Star, pour l'appellant.

Kenneth W. F. Fiske, c.r., pour l'intimée.

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

Le jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier a été rendu par

1 L'HEUREUX-DUBÉ J. — On November 4, 1991, the accused, Scott Crosby, and his friend, John Rines, allegedly sexually assaulted the complainant, L.R. Crosby appeals, as of right, to this Court on the basis that the trial judge erred in excluding, pursuant to s. 276 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, certain prior inconsistent statements made by the complainant. This Court allowed the accused's appeal from the bench, with reasons to follow.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le 4 novembre 1991, l'accusé, Scott Crosby, et son ami, John Rines, auraient agressé sexuellement la plaignante, L.R. Crosby interjette appel de plein droit devant notre Cour alléguant que le juge du procès a commis une erreur en excluant certaines déclarations antérieures incompatibles de la plaignante en vertu de l'art. 276 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Ce pourvoi a été accueilli par la Cour à l'audience, motifs à suivre.

2 It should be noted at the outset that this case does not involve any challenge to the constitutionality of s. 276 of the *Code*. The only issue is with regard to the proper application of this provision, which reads as follows:

Il y a lieu de signaler au départ que l'appelant ne conteste aucunement la constitutionnalité de l'art. 276 du *Code*. Le litige porte uniquement sur l'application adéquate de cette disposition, ainsi libellée:

276. (1) In proceedings in respect of an offence under section 151, 152, 153, 155 or 159, subsection 160(2) or (3) or section 170, 171, 172, 173, 271, 272 or 273, evidence that the complainant has engaged in sexual activity, whether with the accused or with any other person, is not admissible to support an inference that, by reason of the sexual nature of that activity, the complainant

276. (1) Dans les poursuites pour une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 155 ou 159, aux paragraphes 160(2) ou (3) ou aux articles 170, 171, 172, 173, 271, 272 ou 273, la preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle avec l'accusé ou un tiers est inadmissible pour permettre de déduire du caractère sexuel de cette activité qu'il est:

(a) is more likely to have consented to the sexual activity that forms the subject-matter of the charge; or

a) soit plus susceptible d'avoir consenti à l'activité à l'origine de l'accusation;

(b) is less worthy of belief.

b) soit moins digne de foi.

(2) In proceedings in respect of an offence referred to in subsection (1), no evidence shall be adduced by or on behalf of the accused that the complainant has engaged in sexual activity other than the sexual activity that forms the subject-matter of the charge, whether with the accused or with any other person, unless the judge, provincial court judge or justice determines, in accordance with the procedures set out in sections 276.1 and 276.2, that the evidence

(2) Dans les poursuites visées au paragraphe (1), l'accusé ou son représentant ne peut présenter de preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle autre que celle à l'origine de l'accusation sauf si le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix décide, conformément aux articles 276.1 et 276.2, à la fois:

(a) is of specific instances of sexual activity;

a) que cette preuve porte sur des cas particuliers d'activité sexuelle;

(b) is relevant to an issue at trial; and

b) que cette preuve est en rapport avec un élément de la cause;

(c) has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice.

c) que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

(3) In determining whether evidence is admissible under subsection (2), the judge, provincial court judge or justice shall take into account

- (a) the interests of justice, including the right of the accused to make a full answer and defence;
- (b) society's interest in encouraging the reporting of sexual assault offences;
- (c) whether there is a reasonable prospect that the evidence will assist in arriving at a just determination in the case;
- (d) the need to remove from the fact-finding process any discriminatory belief or bias;
- (e) the risk that the evidence may unduly arouse sentiments of prejudice, sympathy or hostility in the jury;
- (f) the potential prejudice to the complainant's personal dignity and right of privacy;
- (g) the right of the complainant and of every individual to personal security and to the full protection and benefit of the law; and
- (h) any other factor that the judge, provincial court judge or justice considers relevant. [Emphasis added.]

I. Facts and Judgments

The facts and judgments relevant to this appeal may be briefly summarized. Crosby and Rines were tried separately. At Crosby's trial, which is the subject matter of this appeal, the complainant testified that she had been attacked by both men and forced to engage in non-consensual sexual acts with both. By contrast, Crosby testified that the complainant had consented throughout. The defence theory was that the complainant had fabricated the allegation of sexual assault against Crosby and Rines after she was confronted by her parents about her sexual activities. This theory was supported by the fact that the complainant only reported the sexual assault to police after her brother heard rumours of her sexual activities with Crosby and reported them to her parents, who then confronted her about them. The defence submitted that the complainant made up the story that she had been sexually assaulted because she was too embarrassed and ashamed to admit that she consented to sexual activities with two men. The defence did not raise at trial the defence of honest but mistaken belief in consent.

(3) Pour décider si la preuve est admissible au titre du paragraphe (2), le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix prend en considération:

- a) l'intérêt de la justice, y compris le droit de l'accusé à une défense pleine et entière;
- b) l'intérêt de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles;
- c) la possibilité, dans de bonnes conditions, de parvenir, grâce à elle, à une décision juste;
- d) le besoin d'écartier de la procédure de recherche des faits toute opinion ou préjugé discriminatoire;
- e) le risque de susciter abusivement, chez le jury, des préjugés, de la sympathie ou de l'hostilité;
- f) le risque d'atteinte à la dignité du plaignant et à son droit à la vie privée;
- g) le droit du plaignant et de chacun à la sécurité de leur personne, ainsi qu'à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi;
- h) tout autre facteur qu'il estime applicable en l'espèce. [Je souligne.]

I. Les faits et les jugements

Les faits et les jugements pertinents pour disposer de ce pourvoi peuvent se résumer ainsi. Crosby et Rines ont eu des procès séparés. Au procès de Crosby, qui fait l'objet du présent pourvoi, la plaignante a témoigné qu'elle avait été agressée par les deux hommes et contrainte à avoir des rapports sexuels avec eux. Crosby a soutenu, au contraire, que la plaignante avait toujours été consentante. Selon la théorie de la défense, la plaignante aurait prétendu avoir été agressée sexuellement par Crosby et par Rines après que ses parents lui eurent reproché ses activités sexuelles. Cette théorie s'appuyait sur le fait que la plaignante n'avait signalé l'agression sexuelle à la police qu'après que son frère ait eu vent de ses rapports sexuels avec Crosby et en eut informé ses parents, lesquels avaient ensuite interrogé la plaignante à ce sujet. Selon la défense, la plaignante aurait inventé cette histoire d'agression sexuelle parce qu'elle était trop troublée et honteuse pour reconnaître qu'elle avait accepté d'avoir des rapports sexuels avec les deux hommes. Au procès, la défense n'a pas soulevé le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement.

4 In a *voir dire* before the commencement of the trial, the defence sought permission from the trial judge to lead evidence or cross-examine the complainant on four different statements, all of which referred in some way to sexual activity other than that which formed the subject matter of the charge, and which thereby triggered s. 276 scrutiny. The trial judge allowed evidence to be led on one of the four statements, and excluded the other three. Crosby was convicted of sexual assault.

5 Crosby appealed to the Nova Scotia Court of Appeal on the basis that the trial judge erred in excluding the evidence of the other three statements. The majority of that court upheld his conviction ((1994), 130 N.S.R. (2d) 61). Hallett J.A., dissenting, would have ordered a new trial on the basis that two of the three excluded statements regarding unrelated sexual conduct were relevant because they tended to prove a motive to fabricate. Crosby appeals as of right to this Court.

II. Analysis

(i) *The First Statement*

6 In her original statement to police, the complainant admitted to having engaged in consensual sexual intercourse with Crosby on November 1, 1991, three days before the alleged assault. She also admitted that when she visited Crosby on November 4, she did so with the intention of having sexual intercourse with him again:

Q: Had you had sex with Scott before?

A: The Friday night before I did.

Q: Is that the reason you went there on Monday?

A: Yup.

Lors d'un voir-dire tenu avant le début du procès, la défense a demandé au juge du procès l'autorisation de présenter une preuve ou de contre-interroger la plaignante relativement à quatre déclarations qui se rapportaient chacune, de quelque façon, à une activité sexuelle autre que celle à l'origine de l'accusation, ce qui a déclenché l'examen de l'art. 276. Le juge du procès a autorisé la production d'éléments de preuve à l'égard de l'une des quatre déclarations seulement à l'exclusion des trois autres. Crosby a été reconnu coupable d'agression sexuelle.

Il a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur en excluant la preuve afférente aux trois autres déclarations. Cette cour à la majorité a confirmé la déclaration de culpabilité ((1994), 130 N.S.R. (2d) 61). Le juge Hallett, dissident, aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès parce que deux des trois déclarations exclues qui concernaient un comportement sexuel non relié à l'accusation étaient pertinentes du fait qu'elles tendaient à prouver l'existence d'un motif de fabrication. Crosby se pourvoit de plein droit devant notre Cour.

II. Analyse

(i) *La première déclaration*

Dans sa déclaration initiale à la police, la plaignante a reconnu avoir eu de son plein gré des rapports sexuels avec Crosby le 1^{er} novembre 1991, soit trois jours avant la prétendue agression. Elle a également admis que lorsqu'elle avait rendu visite à Crosby le 4 novembre, elle avait l'intention d'avoir à nouveau des rapports sexuels avec lui:

[TRADUCTION]

Q: Aviez-vous déjà eu des rapports sexuels avec Scott?

R: Oui, le vendredi soir précédent.

Q: Est-ce la raison pour laquelle vous lui avez rendu visite le lundi?

R: Oui.

Q: Why did you change your mind?

A: Because I didn't feel right with John there and I didn't want to have sex with him. [Emphasis added.]

By contrast, at the preliminary hearing, the complainant testified that she did not visit Crosby on November 4, 1991 with the intention of having sex with him:

Q: O.K. were you hoping to have sex with Scott again that night?

A: No.

There was an apparent inconsistency between these two statements.

Ordinarily, nothing would prevent defence counsel from cross-examining the complainant on an inconsistency which related to her intentions in going to the accused's house on the day of the alleged assault. Material inconsistencies are relevant to the complainant's credibility. Unfortunately for the accused in this case, however, the material inconsistency was inextricably linked in the police questioning to a reference to the earlier, consensual sexual contact between the complainant and the accused. Defence counsel (and apparently the trial judge) thought that it was necessary to place into evidence the actual excerpts from the interview between the complainant and the police.

This created a dilemma. If the actual questions and answers were placed before the jury, then the jury would also have been alerted to the prior sexual activity between the complainant and Crosby on November 1. Relying upon s. 276 of the *Code*, the trial judge therefore prohibited defence counsel from cross-examining the complainant on this entire portion of her original statement made to police. When the complainant was cross-examined at trial, the following exchange occurred between defence counsel and the complainant:

Q: Pourquoi avez-vous changé d'idée?

R: Parce que la présence de John me mettait mal à l'aise et je ne voulais pas devoir coucher avec lui. [Je souligne.]

Par contre, à l'enquête préliminaire, la plaignante a témoigné qu'elle ne s'était pas rendue chez Crosby le 4 novembre 1991 dans l'intention d'avoir des rapports sexuels avec lui:

[TRADUCTION]

Q: D'accord. Espérez-vous avoir encore des rapports sexuels avec Scott ce soir-là?

R: Non.

Il y avait une incompatibilité apparente entre ces deux déclarations.

Généralement, rien n'empêcherait l'avocat de la défense de contre-interroger la plaignante sur l'incompatibilité de ses déclarations quant au but de sa visite à l'accusé le jour de la prétendue agression. Une contradiction importante est pertinente lorsqu'il s'agit d'apprécier la crédibilité de la plaignante. Malheureusement pour l'accusé, cependant, même si elle était importante, la contradiction était inextricablement liée, dans l'interrogatoire mené par les policiers, à la mention de rapports sexuels antérieurs librement consentis entre la plaignante et l'accusé. L'avocat de la défense (et, apparemment, le juge du procès) a cru qu'il était nécessaire de produire en preuve les extraits de l'interrogatoire de la plaignante par la police.

Il en est résulté un dilemme. En effet, s'il prenait connaissance des questions posées et des réponses données lors de l'interrogatoire, le jury serait également mis au courant des rapports sexuels qu'avaient eus la plaignante et Crosby le 1^{er} novembre. S'appuyant sur l'art. 276 du *Code*, le juge du procès n'a donc pas autorisé l'avocat de la défense à contre-interroger la plaignante sur toute cette partie de sa déclaration initiale aux policiers. Lors du contre-interrogatoire de la plaignante au procès, l'échange suivant a eu lieu entre l'avocat de la défense et la plaignante:

Q: Now when you went to Mr. Crosby's home on November 7th, did you want to have sex with Mr. Crosby?

A: November 7th?

Q: Or sorry, November 4th, the day this happened with you and Rines . . .

A: No.

Q: You didn't?

A: No.

As a result of the s. 276 ruling, counsel for the appellant was precluded from pursuing this inconsistency between the complainant's trial testimony and her original statement to the police.

[TRADUCTION]

Q: Lorsque vous vous êtes rendue chez M. Crosby le 7 novembre, vouliez-vous avoir des rapports sexuels avec lui?

R: Le 7 novembre?

Q: Désolé, le 4 novembre, le jour où cela s'est produit entre Rines et vous. . .

R: Non.

Q: Vous ne vouliez pas?

R: Non.

Vu la décision fondée sur l'art. 276, l'avocat de l'appelant a été empêché de poursuivre plus avant son interrogatoire sur la contradiction entre le témoignage de la plaignante au procès et sa déclaration initiale à la police.

Avec égards, le juge du procès a commis une erreur en excluant cette déclaration et, par conséquent, en empêchant l'avocat de la défense de contre-interroger la plaignante au sujet de cette contradiction importante entre ses déclarations.

Lorsque l'accusé n'invoque pas de façon réaliste au procès le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement, la preuve que la plaignante et l'accusé ont eu des rapports sexuels non reliés à l'accusation est rarement pertinente à l'égard de la question en litige au procès. Voir *R. c. Dickson* (1993), 81 C.C.C. (3d) 224 (C.A.T.Y.), conf. par [1994] 1 R.C.S. 153. Cependant, même si le moyen fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement n'a pas été invoqué de façon réaliste ici, les circonstances de l'affaire étaient quand même assez exceptionnelles. Plus particulièrement, il ressort des transcriptions que la seule raison pour laquelle il a été question des rapports sexuels du 1^{er} novembre non reliés à l'accusation était que la police y avait fait directement allusion en posant une question qui, elle, se rapportait à l'activité sexuelle à l'origine de l'accusation. Le recours à l'art. 276 par le juge du procès a eu pour effet d'exclure un élément de preuve par ailleurs admissible (la déclaration antérieure de la plaignante concernant son intention initiale lorsqu'elle s'est rendue chez Crosby), en le greffant à un élément de preuve par ailleurs irrece-

⁹ With respect, the trial judge erred in excluding this statement, and therefore in preventing defence counsel from cross-examining the complainant on this material inconsistency in her statements.

¹⁰ Where the defence of honest but mistaken belief is not realistically advanced by the accused at trial, then evidence of prior, unrelated sexual activity between the complainant and the accused will seldom be relevant to an issue at trial. See *R. v. Dickson* (1993), 81 C.C.C. (3d) 224 (Y.T.C.A.), aff'd [1994] 1 S.C.R. 153. However, although the defence of honest but mistaken belief in consent was not realistically at issue in the present case, the circumstances were nonetheless somewhat exceptional. In particular, it appears from the transcripts that the only reason the unrelated sexual activity of November 1 was at all implicated was because it was directly referred to by police while posing a question which did, indeed, bear on the sexual activity which formed the subject matter of the charge. The effect of the trial judge's invocation of s. 276 in this case was therefore to exclude otherwise admissible evidence (the complainant's prior statement as to her original intention in going to Crosby's house) by piggybacking it atop otherwise *prima facie* inadmissible evidence (the evidence of the unrelated sexual activity). In my view, it would be unfair for an accused person to be denied access

to evidence which is otherwise admissible and relevant to his defence if the prejudice related to admitting that evidence is uniquely attributable to the authorities' conduct. I do not believe that s. 276 was ever designed or intended to be employed to prevent cross-examination in a situation such as this.

The following remarks by McLachlin J. in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at pp. 620-21, are highly pertinent to the interpretation and application of the present version of s. 276 of the *Code*, which that case inspired:

Accepting that the rejection of relevant evidence may sometimes be justified for policy reasons, the fact remains that [former] s. 276 may operate to exclude evidence where the very policy which imbues the section — finding the truth and arriving at the correct verdict — suggests the evidence should be received. Given the primacy in our system of justice of the principle that the innocent should not be convicted, the right to present one's case should not be curtailed in the absence of an assurance that the curtailment is clearly justified by even stronger contrary considerations. What is required is a law which protects the fundamental right to a fair trial while avoiding the illegitimate inferences from other sexual conduct that the complainant is more likely to have consented to the act or less likely to be telling the truth. [Emphasis added.]

Section 276 cannot be interpreted so as to deprive a person of a fair defence. This is not its purpose. This does not mean, of course, that the accused is entitled to the most beneficial procedures possible: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362. Rather, it is evident from the majority's remarks in *Seaboyer* and from the criteria enumerated in s. 276(3) that judges must undertake a balancing exercise under s. 276 that is sensitive to many differing, and potentially conflicting, interests.

In the present case, however, consideration of those factors favoured admission of the complain-

vable à première vue (la preuve des rapports sexuels non reliés à l'accusation). À mon avis, il serait inéquitable qu'un accusé ne puisse avoir accès à un élément de preuve qui, par ailleurs, est admissible et pertinent pour sa défense lorsque le préjudice lié à l'admission de cette preuve est uniquement imputable au comportement des autorités. Je ne crois pas que l'intention du législateur ait été de faire en sorte que l'art. 276 fasse obstacle au contre-interrogatoire en pareil cas.

Les remarques qui suivent formulées par le juge McLachlin dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, aux pp. 620 et 621, sont très pertinentes aux fins de l'interprétation et de l'application du texte actuel de l'art. 276 du *Code*, qui découle de cette affaire:

Si l'on accepte qu'il peut parfois être justifié d'exclure des preuves pertinentes pour des raisons de principe, le fait demeure que l'[ancien] art. 276 peut entraîner l'exclusion d'une preuve dans des cas où le principe même qui sous-tend la disposition — découvrir la vérité et arriver au bon verdict — indiquerait que cette preuve devrait être admise. Étant donné que notre système de justice repose sur le principe qu'une personne innocente ne doit pas être déclarée coupable, son droit d'exposer sa cause ne devrait pas être restreint en l'absence d'une garantie que cette restriction est clairement justifiée par des considérations contraaires encore plus importantes. Il faut une règle qui protège le droit fondamental à un procès équitable, mais qui ne permet pas de déduire sans motif légitime que la plaignante, à cause d'un comportement sexuel antérieur, est plus susceptible d'avoir consenti à l'acte ou moins susceptible de dire la vérité. [Je souligne.]

L'article 276 ne peut être interprété de façon à priver une personne du droit à une défense équitable. Tel n'est pas son objet. Évidemment, il n'en résulte pas que l'accusé ait le droit de bénéficier des procédures les plus favorables qui soient: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 362. Il ressort plutôt des observations faites par les juges majoritaires dans l'arrêt *Seaboyer* ainsi que des critères énumérés au par. 276(3) que le juge doit, aux termes de l'art. 276, établir un équilibre entre de nombreux intérêts divergents, voire opposés.

Dans la présente affaire, toutefois, l'examen de ces facteurs favorisait l'admission de la déclaration

ant's earlier statement. The versions told by the complainant and the accused were diametrically opposed in every material respect, and credibility was consequently the central issue at trial. An inconsistency on a material and pertinent issue is highly relevant in such circumstances. The interests of justice, including the right of the accused to make full answer and defence, therefore militated in favour of admitting the evidence (s. 276(3)(a)). So, too, did the fact that there was a reasonable prospect that the evidence would have assisted the jury in arriving at a just determination in the case (s. 276(3)(c)).

antérieure de la plaignante. Comme la version de la plaignante et celle de l'accusé étaient diamétralement opposées sur tous les points importants, la crédibilité était donc l'élément central au procès. Une contradiction à l'égard d'une question importante soulevée par le litige est très pertinente en de telles circonstances. L'intérêt de la justice, y compris le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, militait donc en faveur de l'admission de la preuve (al. 276(3)a)), tout comme le fait qu'il existait une possibilité raisonnable que cette preuve aide le jury à parvenir à une décision juste dans cette affaire (al. 276(3)c)).

13 Moreover, under the circumstances, I do not believe that, if the jury had been apprised of the November 1 incident, this would have unduly aroused in them sentiments of prejudice or hostility toward the complainant (s. 276(3)(e)), nor unduly injected into the fact-finding process any discriminatory belief or bias which could not reasonably be mitigated by a cautionary instruction to the jury (s. 276(3)(d)). It is equally significant that, on the scale of potential prejudices to the complainant's personal dignity and right of privacy (s. 276(3)(f)), admission of this particular instance of prior sexual activity was far less prejudicial than could be contemplated in many other circumstances. Finally, the "other factors" mentioned in s. 276(3)(h) require consideration of the fact that it would be unfair for the Crown, by virtue of conduct over which the accused had no control, to render inadmissible certain evidence that would otherwise have been admissible and relevant to the defence of the accused.

En outre, dans ces circonstances, le jury eut-il été informé de l'incident du 1^{er} novembre, je ne crois pas que cela aurait suscité, chez lui, des préjugés indus ou engendré de l'hostilité vis-à-vis de la plaignante (al. 276(3)e)), ni que cela aurait indûment introduit dans le processus de recherche des faits une opinion ou un préjugé discriminatoire qui n'aurait pu raisonnablement être atténué par une mise en garde au jury (al. 276(3)d)). Il importe également de signaler que, dans l'évaluation de l'échelle des risques d'atteinte à la dignité de la plaignante et à son droit à la vie privée (al. 276(3)f)), l'admission de cette preuve de rapports sexuels antérieurs était beaucoup moins préjudiciable qu'elle aurait pu l'être dans bien d'autres cas. Enfin, pour ce qui est des «autres facteurs» visés à l'al. 276(3)h), il faut tenir compte du fait qu'il serait injuste que le ministère public, en raison d'un comportement indépendant de la volonté de l'accusé, obtienne que certains éléments de preuve qui, par ailleurs, auraient été admissibles et pertinents aux fins de la défense de l'accusé, soient déclarés irrecevables.

14 As such, under the circumstances, the judge should have admitted the prior statement on the basis that it had significant probative value on the issue of credibility which was not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice. In order to minimize any possible prejudice to the fairness of the trial, however, the admission of this evidence should, of course, be accompanied by a clear warning to the jury that the only significance of

Ainsi, dans les circonstances, le juge aurait dû admettre la déclaration antérieure pour le motif qu'elle avait une valeur probante importante quant à la question de la crédibilité par rapport au risque d'effet préjudiciable de cette preuve sur la bonne administration de la justice. Cependant, afin de réduire au minimum le risque d'atteinte au caractère équitable du procès, l'admission de cet élément de preuve devrait évidemment se doubler d'une mise en garde claire au jury selon laquelle

this evidence is in relation to the effect of the inconsistent statements on the complainant's credibility. The jury must not infer from the unrelated sexual act that the complainant was therefore more likely to have consented to the sexual activity that forms the subject matter of the charge, or that she is therefore less worthy of belief.

This being said, I must respectfully disagree with Hallett J.A. that the evidence of sexual conduct unrelated to the subject matter of this charge was relevant to the issue of "motive to fabricate". Although "motive to fabricate" was, indeed, the defence's theory, I do not see how evidence about the nature and frequency of sex, either with the accused or with other persons, would advance the "motive to fabricate" defence except in the most unusual of circumstances. By way of illustration only, I would note that such circumstances might arise in the context of a poisoned or acrimonious relationship. See, e.g., *State v. Jalo*, 557 P.2d 1359 (Oregon Ct. App., 1976).

I do not see, however, how the evidence of unrelated sexual activity related to "motive to fabricate" in the present case. The manner in which it is sought to be used in this case simply suggests to the jury that the complainant is "loose" and therefore less worthy of belief. This is one of the very stereotypes that s. 276 is intended to address. In *Seaboyer*, *supra*, at p. 690, I addressed the "Female under Surveillance" myth in the following terms:

Many also argue that the provision does not allow evidence going to show motive to fabricate or bias. Clearly, most such alleged motives or bias will not be grounded in the complainant's past sexual history. Moreover, much of this evidence depends for its relevance on certain stereotypical visions of women; that they lie about sexual assault, and that women who allege sexual assault often do so in order to get back in the good graces of those who may have her sexual conduct under scrutiny.

cette preuve n'a d'importance qu'en ce qui concerne l'effet des déclarations incompatibles sur la crédibilité de la plaignante. Le jury ne doit pas conclure des rapports sexuels non reliés à l'accusation que la plaignante était, par conséquent, plus susceptible d'avoir consenti à l'activité à l'origine de l'accusation ou qu'elle était moins digne de foi.

Cela dit, je ne saurais être d'accord avec la conclusion du juge Hallett voulant que la preuve d'un comportement sexuel non relié à l'accusation était pertinente quant à l'existence d'un «motif de fabrication». Même s'il s'agit de la théorie de la défense, je ne vois pas comment la preuve afférente à la nature et à la fréquence de l'activité sexuelle, soit avec l'accusé, soit avec d'autres personnes, pourrait étayer l'existence d'un «motif de fabrication», sauf dans les circonstances les plus inhabituelles. À la seule fin d'illustrer mon propos, je note que de telles circonstances pourraient exister dans le cadre d'une relation envenimée ou acrimonieuse. Voir, p. ex., *State c. Jalo*, 557 P.2d 1359 (C.A. Oregon, 1976).

Cependant, je ne vois pas comment, dans la présente affaire, la preuve de rapports sexuels non reliés à l'accusation était pertinente quant à un «motif de fabrication». La façon dont on tente d'utiliser la preuve ici laisse simplement entendre au jury que la plaignante est «de mœurs faciles» et donc, moins digne de foi. C'est l'un des stéréotypes que l'art. 276 est censé contrer. Dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, à la p. 690, je traite du mythe de la «femme sous surveillance» dans les termes suivants:

On prétend également que la disposition ne permet pas de présenter des preuves établissant l'existence d'un motif de fabrication ou d'un préjugé. De toute évidence, la plupart de ces prétendus motifs ou préjugés ne trouveront pas leur fondement dans le comportement sexuel antérieur de la plaignante. Par ailleurs, la pertinence de la plupart de ces éléments de preuve repose sur certaines visions stéréotypées des femmes, savoir qu'elles mentent au sujet d'une agression sexuelle et qu'elles allègent souvent la perpétration d'une agression sexuelle pour se racheter aux yeux de ceux qui peuvent surveiller de près leur comportement sexuel.

15

16

Thus, although the defence's fabrication theory may, in light of the other evidence, have had a factual basis, the appellant did not show how the evidence of the unrelated sexual acts was, itself, in any way probative of that defence. In fact, if the evidence had been used in that manner under these circumstances, it would have visited a very substantial prejudice both upon the complainant and upon the administration of justice. It quite properly did not form the basis of the trial judge's decision with respect to any of the contested statements.

(ii) *The Second Statement*

17 The defence sought to cross-examine the complainant on an inconsistent statement in relation to sexual touching (the extent of which is unclear) with Rines a few hours prior to the alleged sexual assault on November 4. The complainant had told police that Rines had made some unwanted sexual overtures to her while Crosby was away. In relating these events, she had originally told police that Rines had lain beside her while trying to feel her breasts. By contrast, at the preliminary hearing, she indicated that he had "sort of" lain down on top of her.

18 The trial judge was correct in excluding the evidence of this inconsistency. The purported inconsistency did not relate in any way to the activity which formed the subject matter of the charge. Moreover, even when viewed together with the other inconsistencies in the complainant's testimony, it was so minor and so ancillary as to fail to be capable of undermining in any meaningful way her credibility. Furthermore, for the reasons outlined above, evidence of the unwanted sexual touching also did not relate in any way to a "motive to fabricate". The impugned evidence therefore did not have significant probative value of any issue that was relevant at trial, as required by s. 276(2) of the *Code*.

Par conséquent, bien que la théorie de la défense concernant l'existence d'un motif de fabrication puisse, compte tenu des autres éléments de preuve, avoir un fondement factuel, l'appelant n'a pas montré comment la preuve de rapports sexuels non reliés à l'accusation avait, comme telle, quelque valeur probante relativement à ce moyen de défense. En fait, si la preuve avait été utilisée de cette manière dans les circonstances, elle aurait été très préjudiciable à la fois à la plaignante et à l'administration de la justice. Le juge du procès a eu tout à fait raison de ne pas se fonder sur cet élément de preuve pour rendre sa décision concernant l'une ou l'autre des déclarations contestées.

(ii) *La deuxième déclaration*

La défense a cherché à contre-interroger la plaignante relativement à une déclaration incompatible portant sur des attouchements sexuels (dont l'étendue demeure indéterminée) auxquels se serait livré Rines quelques heures avant la prétendue agression sexuelle du 4 novembre. La plaignante avait dit à la police que Rines lui avait fait des avances sexuelles importunes pendant que Crosby était absent. En relatant ces incidents, elle avait initialement dit aux policiers que Rines s'était étendu à côté d'elle tout en essayant de lui toucher les seins. Par contre, à l'enquête préliminaire, elle a dit qu'il s'était «en quelque sorte» étendu sur elle.

Le juge du procès a eu raison d'exclure la preuve afférente à cette contradiction, qui ne se rapportait aucunement à l'activité à l'origine de l'accusation. De plus, même si on la considère de pair avec les autres contradictions relevées dans le témoignage de la plaignante, elle est si insignifiante et si accessoire qu'elle n'était pas susceptible de miner véritablement sa crédibilité. De plus, pour les motifs énoncés précédemment, la preuve des attouchements sexuels importuns ne se rattachait pas non plus, de quelque façon, à l'existence d'un «motif de fabrication». L'élément de preuve contesté n'avait donc pas une grande valeur probante à l'égard de quelque question en litige au procès, comme l'exige le par. 276(2) du *Code*.

(iii) *The Third Statement*

The defence sought to lead evidence that after the alleged sexual assault, the complainant supposedly told Crosby and Rines that she had engaged in group sex on prior occasions. The defence maintained that this statement was indicative of the complainant's state of mind after the sexual activity, and therefore probative of the fact that she had actually consented. The complainant denied at all times having said this. In my view, the trial judge was quite correct in refusing to permit the defence to lead any such evidence. The accused had ample opportunity to testify as to the complainant's conduct after the alleged assault. Introduction of this alleged statement did not add significantly to the relevant issue sought to be advanced by the defence at trial and, even if it did, its probative value was, under the circumstances, substantially outweighed by the danger of prejudice to the administration of justice.

III. Conclusion and Disposition

The Crown advances no s. 686(1)(b)(iii) argument, and I must say that I do not think that this would be an appropriate case in which to invoke that curative proviso. Credibility was the key issue in the trial. Under the circumstances, I believe that there was a reasonable possibility that the verdict would have been different had the accused been permitted to cross-examine the complainant on this material inconsistency in her statements.

Accordingly, the appeal is allowed and a new trial is ordered.

The reasons of Sopinka, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

SOPINKA J. — I agree with the reasons for judgment of Justice L'Heureux-Dubé with respect to the first and second statements and with the disposition proposed by her. I would, however, also admit the third statement. The following are the relevant passages from the record with respect to this statement:

(iii) *La troisième déclaration*

La défense a tenté de produire des éléments de preuve selon lesquels, après la prétendue agression sexuelle, la plaignante aurait dit à Crosby et à Rines qu'elle avait déjà eu des relations sexuelles en groupe. La défense a soutenu que cette déclaration montrait dans quel état d'esprit se trouvait la plaignante après les rapports sexuels en cause et, par conséquent, tendait à prouver qu'il y avait eu consentement. La plaignante a toujours nié avoir tenu de tels propos. Selon moi, le juge du procès a eu tout à fait raison de ne pas permettre à la défense de présenter cet élément de preuve. L'accusé a pu témoigner amplement au sujet du comportement de la plaignante après la prétendue agression. La production de cette prétendue déclaration n'était pas substantiellement la thèse soutenue par la défense au procès et, même si tel avait été le cas, le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice, dans les circonstances, l'emportait sensiblement sur sa valeur probante.

III. Conclusion et dispositif

Le ministère public ne fait valoir aucun argument fondé sur le sous-al. 686(1)(b)(iii), et j'estime qu'il ne s'agit pas d'un cas où il serait opportun d'invoquer cette disposition réparatrice. La crédibilité était la principale question en litige au procès. Dans les circonstances, j'estime qu'il y avait une possibilité raisonnable que le verdict eut été différent si l'accusé avait été autorisé à contre-interroger la plaignante relativement à cette contradiction importante dans ses déclarations.

En conséquence, le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Version française des motifs des juges Sopinka, Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE SOPINKA — Je souscris aux motifs du juge L'Heureux-Dubé relativement à la première et à la deuxième déclarations, ainsi qu'au dispositif qu'elle propose. Cependant, je serais d'avis d'admettre la troisième déclaration. Les passages suivants sont extraits du dossier et portent sur cette déclaration:

19

20

21

22

Mr. Murphy [counsel for the accused] With respect to the statement that she made, that she had multiple partners, she made this statement while she was in the presence of the accused, I guess at the very time or during or after the sexual contact. If it is true that she made that statement, I believe that's for the jury to determine. Then it is certainly relevant with respect to actual consent, so if they had a sexual encounter and she stated — and they asked her whether she had had sex with multiple partners before and she said, yes I had, then she's practically — she's giving consent or indicating her consent.

...

Mr. Murphy Uh, after we finished having sex, or after the sex they had the conversation, they questioned her and she indicated she had done it, so we're not attempting to prove that it actually happened, simply the fact that she said it, I would submit, goes to consent. You wouldn't say that to someone who had just raped you, that yes, I've done this before with other guys. And we're not attempting to introduce it to prove she had, in fact, done it, just that she said it, 'cause the very fact that she said it, well that goes to her — indicates that she consented on the night in question, if the jury believes the accused over the complainant.

[TRADUCTION] **M. Murphy** [avocat de l'accusé] En ce qui concerne la déclaration qu'elle a faite, voulant qu'elle ait eu des partenaires multiples, elle a fait cette déclaration en présence de l'accusé, j'imagine au moment même où il y a eu rapports sexuels, ou pendant ou après ceux-ci. À mon avis, il appartient au jury de déterminer si elle a véritablement fait cette déclaration. Dans ce cas, elle est certainement pertinente quant au consentement véritable; alors s'ils ont eu des rapports sexuels et qu'elle a déclaré — et s'ils lui ont demandé si elle avait eu des rapports sexuels avec des partenaires multiples auparavant et qu'elle a répondu oui, alors elle a pour ainsi dire — elle donne son consentement, ou indique qu'elle consent.

...

M. Murphy Euh, une fois terminés les rapports sexuels, ou après les rapports sexuels, ils ont eu une conversation, ils l'ont interrogée et elle a indiqué l'avoir fait; nous ne tentons donc pas d'établir que ça s'est vraiment produit, le simple fait qu'elle l'a dit, à notre avis, est pertinent quant au consentement. Vous ne diriez pas une chose pareille à quelqu'un qui vient de vous violer, à savoir qu'effectivement, vous l'avez fait auparavant avec d'autres hommes. Et nous ne tentons pas d'introduire en preuve qu'elle l'a effectivement fait, mais simplement que c'est ce qu'elle a dit, car ce fait même, eh bien, est pertinent quant à son — indique qu'elle était consentante le soir en question, si le jury préfère la version de l'accusé à celle de la plaignante.

23 The ruling on the *voir dire* with respect to this statement was as follows:

The Court . . . Any statement made by the complainant, in my view, after the incident cannot be considered to be consent. Even if it were true, that is, even if it were true that the complainant had made such a statement, such a statement cannot amount to a post facto consent. In my view this statement that is, with respect to having had multiple partners before November 4th, 1991 has no probative value. Even if the contents of the statement were true, and perhaps even especially so, it would have no probative value.

This ruling precluded not only cross-examination on the statement but also the evidence of the accused with respect to it.

24 With respect, the trial judge misapprehended the relevance of the evidence. While it is true that con-

À la suite du *voir-dire* tenu relativement à cette déclaration, la cour a décidé ce qui suit:

[TRADUCTION] **La Cour** [. . .] À mon avis, toute déclaration de la plaignante après l'incident ne peut être qualifiée de consentement. Même si c'était vrai, même si la plaignante avait véritablement fait cette déclaration, celle-ci ne peut équivaloir à un consentement après coup. À mon avis, cette déclaration, c'est-à-dire sur le fait qu'elle a eu des partenaires multiples avant le 4 novembre 1991, n'a aucune valeur probante. Même si le contenu de la déclaration était véridique, et peut-être même particulièrement dans ce cas, elle n'aurait aucune valeur probante.

Cette décision fermait la porte non seulement au contre-interrogatoire sur la déclaration, mais aussi au témoignage de l'accusé à cet égard.

En toute déférence, le juge du procès n'a pas bien saisi la pertinence de la preuve. S'il est vrai

sent cannot be given *ex post facto*, a statement made *ex post facto* that there was consent or from which this can be inferred is highly relevant. If the jury accepted the evidence proposed to be tendered, it was capable of supporting the interpretation advanced by counsel for the accused. A reference by the complainant immediately after group sex (allegedly non-consensual) to a previous experience with consensual group sex strongly implies that the complainant is equating the two episodes and that they were both consensual.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Chipman, Fraser, Pink & Nickerson, Yarmouth.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

que le consentement ne peut être donné après coup, la déclaration faite après coup qu'il y a eu consentement, ou de laquelle on peut inférer ce consentement, est fort pertinente. Si le jury avait accepté le témoignage que l'on proposait de présenter, celui-ci aurait pu étayer l'interprétation avancée par l'avocat de l'accusé. Le fait que, immédiatement après avoir eu des rapports sexuels en groupe (auxquels elle allègue ne pas avoir consenti), la plaignante fasse allusion à une expérience antérieure où elle a consenti à avoir des rapports sexuels en groupe implique fortement qu'elle établit un lien entre les deux épisodes et qu'elle a consenti chaque fois.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Chipman, Fraser, Pink & Nickerson, Yarmouth.

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 case 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, 1995 Vol. 2

6^e cahier, 1995 Vol. 2

Cited as [1995] 2 S.C.R. 929-1094

Renvoi [1995] 2 R.C.S. 929-1094

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, L.L.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, L.L.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
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1995.

CONTENTS

New Brunswick v. O'Leary..... 967

Labour law — Labour relations — Courts — Jurisdiction — Employee allegedly driving employer's leased vehicle with flat tire — Employer bringing action against employee for cost of repairs — Whether courts lacking jurisdiction to entertain claim in view of arbitrator's exclusive jurisdiction over disputes arising out of collective agreement — Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, s. 92(1).

Ontario v. Canadian Pacific Ltd..... 1028

Constitutional law — Division of powers — Federal undertaking — Whether or not federal undertaking subject to provincial law.

Ontario v. Canadian Pacific Ltd..... 1031

Constitutional law — Fundamental justice — Vagueness — Use of reasonable hypotheticals — Overbreadth — Environmental protection law drafted in very broad terms — Whether or not law capable of interpretation so as to allow for legal

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

Arrêstistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, L.L.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
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1995.

SOMMAIRE

Nouveau-Brunswick c. O'Leary..... 967

Droit du travail — Relations du travail — Tribunaux — Compétence — Allégation qu'un employé aurait conduit un véhicule loué par l'employeur alors qu'un pneu était crevé — Action intentée par l'employeur contre l'employé pour le coût des réparations — Les tribunaux sont-ils privés de la compétence pour connaître de la demande étant donné la compétence exclusive de l'arbitre dans le cas de litiges relevant d'une convention collective? — Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973; ch. P-25, art. 92(1).

Ontario c. Canadien Pacifique Ltée..... 1028

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Entreprise fédérale — Une entreprise fédérale est-elle assujettie à la loi provinciale?

Ontario c. Canadien Pacifique Ltée..... 1031

Droit constitutionnel — Justice fondamentale — Imprécision — Utilisation d'hypothèses raisonnables — Portée excessive

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

debate — Environmental Protection Act, R.S.O. 1980, c. 141, ss. 1(1)(c), (k), 13(1)(a) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. v. Hibbert..... 973

Criminal law — Duress — Parties to offences — Attempted murder — Charge to jury — Accused testifying that principal offender would have killed him if he had refused to cooperate — Trial judge instructing jury that *mens rea* for parties to offence could be negated by duress and that common law defence of duress was unavailable if safe avenue of escape was open to accused — Whether trial judge properly instructed jury on law of duress.

Criminal law — Parties to offences — *Mens rea* — Duress — Whether duress negates *mens rea* for parties to offence under ss. 21(1)(b) and 21(2) of Criminal Code — Meaning of "purpose" in s. 21(1)(b) and of "intention in common" in s. 21(2) — Whether interpretation of s. 21(2)'s mental element adopted in *Paquette* correct — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 21(1)(b), 21(2).

Criminal law — Defences — Duress — Safe avenue of escape — Whether availability of common law defence of duress limited by "safe avenue of escape" rule — If so, whether existence of safe avenue of escape to be determined objectively or subjectively.

Weber v. Ontario Hydro 929

Labour law — Labour relations — Courts — Jurisdiction — Employer suspending employee for abusing sick leave benefits — Employee filing grievance alleging that employer's hiring of private investigators violated collective agreement — Employee also commencing court action based on tort and breach of rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms — Motions judge striking out court action — Court of Appeal allowing Charter claims to stand — Whether courts' jurisdiction over claims ousted by binding arbitration provision — Ontario Labour Relations Act, R.S.O. 1990, c. L.2, s. 45(1).

SOMMAIRE (Fin)

— Loi sur la protection de l'environnement rédigée en termes très généraux — La loi peut-elle être interprétée de manière à donner lieu à un débat judiciaire? — Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. 1980, ch. 141, art. 1(1)(c), (k), 13(1)(a) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. c. Hibbert..... 973

Droit criminel — Contrainte — Participants à des infractions — Tentative de meurtre — Exposé au jury — Témoignage de l'accusé suivant lequel l'auteur principal de l'infraction l'aurait tué s'il avait refusé de collaborer — Directives du juge du procès au jury voulant que la contrainte puisse annuler la *mens rea* des participants à une infraction et que l'accusé ne puisse invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte si un moyen de s'en sortir sans danger s'offrait à lui — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives appropriées sur le droit en matière de contrainte?

Droit criminel — Participants à des infractions — *Mens rea* — Contrainte — La contrainte annule-t-elle la *mens rea* des participants à une infraction au sens des art. 21(1)(b) et 21(2) du Code criminel? — Sens du mot «*purpose*» à l'art. 21(1)(b) et de l'expression «*intention commune*» à l'art. 21(2) — L'interprétation que donne l'arrêt *Paquette* de l'élément moral visé à l'art. 21(2) est-elle exacte? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21(1)(b), 21(2).

Droit criminel — Moyens de défense — Contrainte — Moyen de s'en sortir sans danger — La possibilité d'invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte est-elle restreinte par la règle du «moyen de s'en sortir sans danger»? — Dans l'affirmative, l'existence d'un moyen de s'en sortir sans danger doit-elle être déterminée objectivement ou subjectivement?

Weber c. Ontario Hydro 929

Droit du travail — Relations du travail — Tribunaux — Compétence — Suspension d'un employé par un employeur pour avoir abusé de ses congés de maladie — Dépôt par l'employé d'un grief alléguant que l'embauche de détectives privés par l'employeur violait la convention collective — Action en justice fondée sur la responsabilité délictuelle et la violation des droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés également intentée par l'employé — Action en justice radiée par le juge des requêtes — Demandes fondées sur la Charte admises par la Cour d'appel — Les tribunaux sont-ils déposés de leur compétence à l'égard des demandes en raison de la clause qui prévoit l'arbitrage exécutoire? — Loi sur les relations de travail de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. L.2, art. 45(1).

Murray Weber *Appellant*

v.

Ontario Hydro *Respondent*

INDEXED AS: WEBER v. ONTARIO HYDRO

File No.: 23401.

1994: December 6; 1995: June 29.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Labour law — Labour relations — Courts — Jurisdiction — Employer suspending employee for abusing sick leave benefits — Employee filing grievance alleging that employer's hiring of private investigators violated collective agreement — Employee also commencing court action based on tort and breach of rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms — Motions judge striking out court action — Court of Appeal allowing Charter claims to stand — Whether courts' jurisdiction over claims ousted by binding arbitration provision — Ontario Labour Relations Act, R.S.O. 1990, c. L.2, s. 45(1).

The appellant was employed by Ontario Hydro. As a result of back problems, he took an extended leave of absence. Hydro paid him the sick benefits stipulated by the collective agreement. As time passed, Hydro began to suspect that the appellant was malingering. It hired private investigators to investigate its concerns. The investigators went onto the appellant's property and, pretending they were someone else, gained entry to his home. As a result of the information it obtained, Hydro suspended the appellant for abusing his sick leave benefits. The appellant took the matter to his union, which filed grievances against Hydro, which were eventually settled. In the meantime, the appellant commenced a court action based on tort and breach of his rights under ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, claiming damages for the surveillance. Hydro applied for an order striking out the action. Under s. 45(1) of the *Ontario Labour Relations Act*, every collective agreement "shall provide for the final and binding settlement by arbitration . . . of all differences between

Murray Weber *Appellant*

c.

Ontario Hydro *Intimée*

RÉPERTORIÉ: WEBER c. ONTARIO HYDRO

N° du greffe: 23401.

1994: 6 décembre; 1995: 29 juin.

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

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

Droit du travail — Relations du travail — Tribunaux — Compétence — Suspension d'un employé par un employeur pour avoir abusé de ses congés de maladie — Dépôt par l'employé d'un grief alléguant que l'embauche de détectives privés par l'employeur violait la convention collective — Action en justice fondée sur la responsabilité délictuelle et la violation des droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés également intentée par l'employé — Action en justice radiée par le juge des requêtes — Demandes fondées sur la Charte admises par la Cour d'appel — Les tribunaux sont-ils dépossédés de leur compétence à l'égard des demandes en raison de la clause qui prévoit l'arbitrage exécutoire? — Loi sur les relations de travail de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. L.2, art. 45(1).

L'appelant était un employé d'Ontario Hydro. Aux prises avec des maux de dos, il a dû prendre un long congé autorisé. Hydro lui a versé les prestations d'assurance-maladie prévues par la convention collective. Avec le temps, Hydro s'est mise à soupçonner l'appelant de feindre son mal. Elle a donc embauché des détectives privés pour élucider l'affaire. Les détectives se sont rendus chez l'appelant et, en dissimulant leur identité, ils ont pu entrer chez lui. Sur la foi de l'information obtenue, Hydro a suspendu l'appelant pour avoir abusé de ses congés de maladie. L'appelant a porté l'affaire à la connaissance de son syndicat, qui a déposé des griefs contre Hydro, lesquels ont par la suite été réglés. Entre-temps, l'appelant a intenté une action en justice fondée sur la responsabilité délictuelle et sur la violation des droits que lui garantissent les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, réclamant des dommages-intérêts pour la surveillance dont il avait fait l'objet. Hydro a demandé une ordonnance radiant l'action en justice. Aux termes du par. 45(1) de la *Loi sur*

the parties arising from the interpretation, application, administration or alleged violation of the agreement". The motions judge struck out the action on the grounds that the dispute arose out of the collective agreement, depriving the court of jurisdiction, and was moreover a private matter to which the *Charter* did not apply. The Court of Appeal agreed, except with respect to the *Charter* claims, which it allowed to stand. The appellant appeals to this Court, asking that his action be reinstated in its entirety. Hydro cross-appeals the decision to allow the *Charter* claims to stand.

Held: The appeal should be dismissed. The cross-appeal should be allowed, La Forest, Sopinka and Iacobucci JJ. dissenting.

Tort claim

The cases reveal three different views on the effect of final and binding arbitration clauses in labour legislation. The concurrent model, under which an action recognized by the common law or by statute may proceed, notwithstanding that it arises in the employment context, should be rejected. This Court's decision in *St. Anne Nackawic* supports the proposition that mandatory arbitration clauses in labour statutes deprive the courts of concurrent jurisdiction. Underlying the decision is the insistence that the analysis of whether a matter falls within the exclusive arbitration clause must proceed on the basis of the facts surrounding the dispute between the parties, not on the basis of the legal issues which may be framed. A second difficulty with the concurrency model lies in the wording of the statute. The word "differences" denotes the dispute between the parties, not the legal actions which one may be entitled to bring against the other. Finally, the concurrent actions model undercuts the purpose of the regime of exclusive arbitration which lies at the heart of all Canadian labour statutes. The alternative model of overlapping jurisdictions, under which a court action may be brought if it raises issues which go beyond the traditional subject matter of labour law, notwithstanding that the facts of the dispute arise out of the collective agreement, also fails to meet the test of the statute, the jurisprudence and policy. The exclusive jurisdiction model is the one that should be adopted. Under this approach, if the difference between the parties arises from the collective agreement, the claimant must proceed by arbitration and the courts have

les relations de travail de l'Ontario, chaque convention collective «contient une disposition sur le règlement, par voie de décision arbitrale définitive [. . .], de tous les différends entre les parties que soulèvent l'interprétation, l'application, l'administration ou une prétendue inexécution de la convention collective». Le juge des requêtes a radié l'action en justice pour le motif que le litige découlait de l'application de la convention collective, déposant le tribunal de sa compétence et, qu'en outre, il s'agissait d'une affaire de nature privée à laquelle la *Charte* ne s'appliquait pas. La Cour d'appel a souscrit à cette décision, sauf en ce qui concerne les demandes fondées sur la *Charte*, qu'elle a permis de se poursuivre. L'appelant se pourvoit devant notre Cour pour que son action soit rétablie intégralement. Par son pourvoi incident, Hydro conteste la décision permettant que les actions fondées sur la *Charte* subsistent.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. Le pourvoi incident est accueilli, les juges La Forest, Sopinka et Iacobucci sont dissidents.

Action fondée sur la responsabilité délictuelle

Dans la jurisprudence, on constate trois différents points de vue quant à l'effet des clauses d'arbitrage exécutoire prévues dans une loi sur les relations du travail. Il faut rejeter le modèle de la concomitance, suivant lequel l'action reconnue en common law ou par la loi peut suivre son cours, peu importe qu'elle se pose dans le contexte des relations du travail. La décision de notre Cour dans *St. Anne Nackawic* appuie la prétention portant que les clauses d'arbitrage obligatoire prévues dans les lois sur les relations du travail privent les tribunaux de compétence concomitante. On a insisté dans cette décision sur le fait que l'analyse de la question de savoir si une affaire relève de la clause d'arbitrage exclusif doit s'effectuer non pas sur le fondement des questions juridiques qui peuvent être soulevées, mais sur le fondement des faits entourant le litige qui oppose les parties. La deuxième difficulté que pose le modèle de la concomitance réside dans le libellé de la loi. Le mot «différends» indique le litige qui oppose les parties, mais pas les actions en justice qu'une partie peut avoir le droit d'intenter contre l'autre. Enfin, le modèle des actions concomitantes mine l'objectif du régime d'arbitrage exclusif qui est au cœur de toutes les lois canadiennes sur les relations du travail. Quant au modèle du chevauchement de compétence, selon lequel une action peut être intentée si elle soulève des questions qui débordent l'objet traditionnel du droit du travail même si les faits du litige découlent de la convention collective, il échoue aussi au test de la loi, de la jurisprudence et de la pratique. Le modèle de la compétence exclusive est celui

no power to entertain an action in respect of that dispute. The question in each case is whether the dispute, in its essential character, arises from the interpretation, application, administration or violation of the collective agreement. This model gives full credit to the language of s. 45(1) of the *Labour Relations Act*, accords with this Court's approach in *St. Anne Nackawic*, satisfies the concern that the dispute resolution process which the various labour statutes of this country have established should not be duplicated and undermined by concurrent actions, and conforms to a pattern of growing judicial deference for the arbitration and grievance process and correlative restrictions on the rights of parties to proceed with parallel or overlapping litigation in the courts.

The appellant's tort action cannot stand. The provisions of the collective agreement in this case are broad, and expressly purport to regulate the conduct at the heart of this dispute. Article 2.2 extends the grievance procedure to any allegation that an employee has been subjected to unfair treatment or any dispute arising out of the content of the agreement. This wide language, combined with the item providing that the benefits of the sick leave plan are to be considered part of the agreement, covers the conduct alleged against the employer. While aspects of the alleged conduct may arguably have extended beyond what the parties contemplated, this does not alter the essential character of the conduct.

Charter claim

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin and Major JJ.: The power and duty of arbitrators to apply the law extends to the *Charter*, an essential part of the law of Canada. In applying the law to the disputes before them, arbitrators may grant such remedies as the legislature or Parliament has empowered them to grant in the circumstances. Assuming for the purposes of argument that the remedy of damages can only be claimed under s. 24(1) of the *Charter*, statutory tribunals created by Parliament or the legislatures may be courts of competent jurisdiction to grant *Charter* remedies, provided they have jurisdiction over the parties and the subject matter of the dispute and are empowered to make the orders sought. In this case the arbitrator is empowered to consider the *Charter* questions and grant the appro-

qui devrait être adopté. Suivant cette démarche, si le différend qui oppose les parties résulte de la convention collective, le demandeur doit avoir recours à l'arbitrage, et les tribunaux n'ont pas le pouvoir d'entendre une action relativement à ce litige. Il s'agit, dans chaque cas, de savoir si le litige, dans son essence, relève de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective. Ce modèle est tout à fait conforme au libellé du par. 45(1) de la *Loi sur les relations de travail*, il concorde avec la position adoptée par notre Cour dans *St. Anne Nackawic*, il exauce le souhait que la procédure de règlement de litige établie par les diverses lois sur les relations du travail au pays ne soit pas doublée ou minée par des actions concomitantes, et il obéit à une tendance de plus en plus forte à faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de la procédure d'arbitrage et de grief et à reconnaître des restrictions corrélatives aux droits des parties d'intenter des actions en justice qui sont parallèles ou se chevauchent.

L'action en responsabilité délictuelle de l'appelant ne peut subsister. Les dispositions de la convention en l'espèce sont générales et visent explicitement à régir le comportement qui se situe au cœur du litige. L'article 2.2 étend la procédure de grief à toute allégation portant qu'un employé a subi un traitement injuste ou tout litige résultant du contenu de la convention. Ce libellé général, conjugué à l'article qui prévoit que les prestations versées en application du régime d'assurance-maladie sont réputées faire partie de la convention, couvre le comportement que l'on reproche à l'employeur. Certains aspects du comportement allégué peuvent être s'être étendus au-delà de ce que les parties avaient envisagé, mais l'essence de la conduite ne s'en trouve pas modifiée.

Action fondée sur la Charte

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin et Major: Le pouvoir et l'obligation des arbitres d'appliquer le droit s'étendent à la *Charte*, en tant qu'élément essentiel du droit canadien. Dans l'application du droit aux litiges qui lui sont soumis, l'arbitre peut accorder les réparations que la législature ou le Parlement l'a habilité à accorder dans les circonstances. Si on tient pour acquis, aux fins de la discussion, qu'on ne peut demander des dommages-intérêts que sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*, les tribunaux d'origine législative créés par le Parlement ou les législatures peuvent être compétents pour accorder des réparations fondées sur la *Charte*, pour autant qu'ils ont compétence à l'égard des parties et de l'objet du litige et qu'ils sont habilités à rendre les ordonnances demandées. En l'espèce, l'ar-

priate remedies. He has jurisdiction over the parties and the dispute, and is further empowered by the *Labour Relations Act* to award the *Charter* remedies claimed — damages and a declaration.

Per La Forest, Sopinka and Iacobucci JJ. (dissenting): While arbitrators must not apply provisions which they determine violate the *Charter*, it does not follow that they have the power under s. 24(1) of the *Charter* to remedy the *Charter* violations they find. An arbitrator cannot award a remedy for a *Charter* breach, because arbitrators are not courts of competent jurisdiction. The use of the word “court” in s. 24(1) was deliberate; it was meant to correspond to an adjudicating body with specific characteristics that enable it to grant *Charter* remedies. If a magistrate sitting in a preliminary inquiry does not possess the characteristics of a “court”, as found in *Mills*, it is difficult to accept that a tribunal, which is not even presided by a judge in a traditional courtroom, can be so considered. Like “court”, the word “tribunal” used in the French version refers to courts of justice, and an administrative tribunal does not come within that ordinary meaning. A more purposive approach to interpreting s. 24(1) also supports the view that labour arbitrators were not intended to be included in s. 24(1). Courts must decide cases according to the law and are bound by *stare decisis*, while tribunals are not so constrained. As the *Charter* forms part of the supreme law of the country, it is in keeping with its status to have *Charter* claims decided by a system of adjudication that tries to be relatively uniform. Tribunals also differ from courts in their institutional organization and functioning. The flip side of the accessibility of tribunals is that their procedure is often simplified or altered. A tribunal such as a labour arbitrator is ill-equipped to deal with the requirements of a s. 24(1) application. Structurally, it has not been designed to hold a hearing requiring evidence of a constitutional violation, nor is there a procedure in existence to obtain the participation of an Attorney General before it where legislative provisions are at issue. Its members are not trained in determining appropriate remedies for a constitutional violation, and often have

bitre est autorisé à examiner les questions relatives à la *Charte* et à accorder les réparations qui conviennent. Il est compétent à l'égard des parties et du litige, et il est également habilité par la *Loi sur les relations de travail* à accorder les réparations fondées sur la *Charte* qui sont demandées — des dommages-intérêts et un jugement déclaratoire.

Les juges La Forest, Sopinka et Iacobucci (dissidents): Bien que les arbitres ne doivent pas appliquer les dispositions qu'ils jugent contraires à la *Charte*, cela ne signifie pas qu'ils ont le pouvoir, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, de remédier à ce qu'ils jugent être une violation de la *Charte*. L'arbitre ne peut accorder de réparation relativement à une violation de la *Charte* car il n'est pas un tribunal compétent. L'emploi du mot «tribunal» («court» en anglais) au par. 24(1) était délibéré; ce terme devait se rapporter à une instance décisionnelle dotée de caractéristiques spécifiques lui permettant d'accorder des réparations en vertu de la *Charte*. Si un magistrat à l'enquête préliminaire ne possède pas les caractéristiques d'un «tribunal», comme on l'a conclu dans l'arrêt *Mills*, il est difficile d'accepter qu'un tribunal administratif, qui n'est même pas présidé par un juge dans une salle d'audience traditionnelle, puisse être considéré comme les possédant. Comme le mot «court», le mot «tribunal» utilisé dans le texte français renvoie à des cours de justice, et un tribunal administratif ne revêt pas ce sens ordinaire. Une interprétation du par. 24(1) qui se fonde davantage sur l'objet appuie également l'opinion que les arbitres en relations du travail n'étaient pas censés être visés par le par. 24(1). Les cours de justice doivent trancher les affaires en conformité avec le droit et sont liées par la règle du *stare decisis*. Les tribunaux administratifs, quant à eux, ne sont pas ainsi restreints. La *Charte* faisant partie de la loi suprême du pays, son statut exige que les demandes dont elle constitue le fondement soient tranchées par un système décisionnel qui tend vers une relative uniformité. La seconde différence tient dans l'organisation et le fonctionnement institutionnels des tribunaux administratifs par opposition à ceux des cours de justice. Le revers de l'accessibilité des tribunaux administratifs est que leur procédure est fréquemment simplifiée ou modifiée. Un tribunal administratif comme l'arbitre en relations du travail n'a pas les outils nécessaires pour répondre aux exigences d'une demande fondée sur le par. 24(1). Sur le plan structurel, il n'a pas été conçu pour tenir une audience qui requiert la preuve d'une violation constitutionnelle, ni ne prévoit-il de procédure lui permettant d'obtenir qu'un procureur général compare devant lui lorsque des dispositions législatives sont en cause. Ses membres ne sont pas formés pour déterminer les

no formal legal training. Moreover, a tribunal does not have the same guarantee of independence as a court.

Even if an arbitrator is a "court", it is not a court "of competent jurisdiction". While arbitrators have the ability to decide *Charter* issues, this ability does not include the ability to grant *Charter* remedies. A labour arbitrator is empowered to grant labour relations remedies, and this empowerment does not extend to include a constitutional empowerment to grant *Charter* remedies. Further, the fact that an arbitrator can decide that behaviour is violative of the *Charter* does not mean that the tribunal has the power to sanction that behaviour because it is a *Charter* violation. The fact that a tribunal has the ability to grant the type of relief sought does not mean that it can award that relief in any context, including that of remedying *Charter* violations. In order to award damages for a *Charter* violation, the court must possess the ability to award a s. 24(1) remedy in addition to the power to award damages generally. Accordingly, in this case, although a labour arbitrator is empowered to grant remedies authorized by the *Labour Relations Act*, that does not, of itself, confer a jurisdiction to grant *Charter* remedies.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *New Brunswick v. O'Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967; *Franck v. Kenebuc (Galt) Ltd.* (1985), 7 C.C.E.L. 85; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, aff'g (1982), 142 D.L.R. (3d) 678; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Kim v. University of Regina* (1990), 74 D.L.R. (4th) 120; *Energy & Chemical Workers Union, Local 691 v. Irving Oil Ltd.* (1983), 148 D.L.R. (3d) 398; *Wainwright v. Vancouver Shipyards Co.* (1987), 38 D.L.R. (4th) 760; *Johnston v. Dresser Industries Canada Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 609; *Bartello v. Canada Post Corp.* (1987), 46 D.L.R. (4th) 129; *Bourne v. Otis Elevator Co.* (1984), 45 O.R. (2d) 321; *Forster v. Canadian Airlines International Ltd.* (1993), 3 C.C.E.L. (2d) 272; *Bell Canada v. Foisy* (1989), 26 C.C.E.L. 234; *Ne-Nsoko Ndungidi v. Centre Hospitalier Douglas*, [1993] R.J.Q. 536; *Elliott v. De Havilland Aircraft Co. of Canada Ltd.* (1989), 32

réparations qui conviennent à une violation constitutionnelle, et il arrive fréquemment qu'ils n'ont aucune formation juridique reconnue. En outre, un tribunal administratif n'offre pas la même garantie d'indépendance qu'une cour de justice.

Même si l'arbitre est un «tribunal», il n'est pas un tribunal «compétent». Bien que les arbitres aient le pouvoir de disposer de questions relatives à la *Charte*, ce pouvoir n'inclut pas celui d'accorder des réparations fondées sur la *Charte*. Un arbitre en relations du travail est habilité à accorder des réparations qui se rapportent aux relations du travail, et ce pouvoir ne s'étend pas de façon à inclure le pouvoir constitutionnel d'accorder des réparations fondées sur la *Charte*. En outre, le fait qu'un arbitre puisse décider qu'un comportement viole la *Charte* ne signifie pas qu'il a le pouvoir de punir ce comportement parce qu'il viole la *Charte*. Le fait que le tribunal administratif a le pouvoir d'accorder le genre de réparation demandé ne signifie pas qu'il peut l'accorder dans tout contexte, y compris pour remédier à des violations de la *Charte*. Pour accorder des dommages-intérêts à la suite d'une violation de la *Charte*, le tribunal doit être habilité à accorder une réparation fondée sur le par. 24(1) en plus de pouvoir accorder des dommages-intérêts de façon générale. Par conséquent, en l'espèce, bien qu'un arbitre en relations du travail soit habilité à accorder des réparations prévues par la *Loi sur les relations de travail*, il n'est pas de ce fait habilité à accorder des réparations fondées sur la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967; *Franck c. Kenebuc (Galt) Ltd.* (1985), 7 C.C.E.L. 85; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704, conf. (1982), 142 D.L.R. (3d) 678; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Kim c. University of Regina* (1990), 74 D.L.R. (4th) 120; *Energy & Chemical Workers Union, Local 691 c. Irving Oil Ltd.* (1983), 148 D.L.R. (3d) 398; *Wainwright c. Vancouver Shipyards Co.* (1987), 38 D.L.R. (4th) 760; *Johnston c. Dresser Industries Canada Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 609; *Bartello c. Canada Post Corp.* (1987), 46 D.L.R. (4th) 129; *Bourne c. Otis Elevator Co.* (1984), 45 O.R. (2d) 321; *Forster c. Canadian Airlines International Ltd.* (1993), 3 C.C.E.L. (2d) 272; *Bell Canada c. Foisy* (1989), 26 C.C.E.L. 234; *Ne-Nsoko Ndungidi c. Centre Hospitalier Douglas*,

O.A.C. 250; *Butt v. United Steelworkers of America* (1993), 106 Nfld. & P.E.I.R. 181; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *David Taylor & Son, Ltd. v. Barnett*, [1953] 1 All E.R. 843; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Moore v. British Columbia* (1988), 50 D.L.R. (4th) 29; *Ontario (Attorney-General) v. Bowie* (1993), 110 D.L.R. (4th) 444; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Re Ontario Council of Regents for Colleges of Applied Arts & Technology and Ontario Public Service Employees Union* (1986), 24 L.A.C. (3d) 144; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Imbleau v. Laskin*, [1962] S.C.R. 338; *Re Halton Board of Education and Ontario Secondary School Teachers' Federation, District 9* (1978), 17 L.A.C. (2d) 279.

By Iacobucci J. (dissenting on the cross-appeal)

Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey* [1987] 1 S.C.R. 588.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Labour Relations Act, R.S.O. 1990, c. L.2, s. 45(1).

Authors Cited

Concise Oxford Dictionary of Current English, 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 1989, "court".
Petit Robert 1. Paris: Le Robert, 1990, "tribunal".

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 11 O.R. (3d) 609, 98 D.L.R. (4th) 32, 60 O.A.C. 201, 12 C.R.R. (2d) 101, 45 C.C.E.L. 129, 13 C.C.L.T. (2d) 241, 93 C.L.L.C. ¶ 14,011, reversing in part a decision of the Ontario Court (General Division) (1991), 38 C.C.E.L. 126, striking out the appellant's court action based on tort and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appeal dis-

[1993] R.J.Q. 536; *Elliott c. De Havilland Aircraft Co. of Canada Ltd.* (1989), 32 O.A.C. 250; *Butt c. United Steelworkers of America* (1993), 106 Nfld. & P.E.I.R. 181; *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *David Taylor & Son, Ltd. c. Barnett*, [1953] 1 All E.R. 843; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Moore c. British Columbia* (1988), 50 D.L.R. (4th) 29; *Ontario (Attorney-General) c. Bowie* (1993), 110 D.L.R. (4th) 444; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Re Ontario Council of Regents for Colleges of Applied Arts & Technology and Ontario Public Service Employees Union* (1986), 24 L.A.C. (3d) 144; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Imbleau c. Laskin*, [1962] R.C.S. 338; *Re Halton Board of Education and Ontario Secondary School Teachers' Federation, District 9* (1978), 17 L.A.C. (2d) 279.

Citée par le juge Iacobucci (dissident quant au pourvoi incident)

Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey* [1987] 1 R.C.S. 588.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 24(1).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1990, ch. L.2, art. 45(1).

Doctrine citée

Concise Oxford Dictionary of Current English, 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 1989, «court».
Petit Robert 1. Paris: Le Robert, 1990, «tribunal».

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 11 O.R. (3d) 609, 98 D.L.R. (4th) 32, 60 O.A.C. 201, 12 C.R.R. (2d) 101, 45 C.C.E.L. 129, 13 C.C.L.T. (2d) 241, 93 C.L.L.C. ¶ 14,011, qui a infirmé en partie une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1991), 38 C.C.E.L. 126, qui avait radié l'action en justice de l'appelant fondée sur la responsabilité délictuelle et sur la *Charte cana-*

missed. Cross-appeal allowed, La Forest, Sopinka and Iacobucci JJ. dissenting.

Stephen T. Goudge, Q.C., Martha Milczynski and Andrew K. Lokan, for the appellant.

Joan M. Prior, for the respondent.

The reasons of La Forest, Sopinka and Iacobucci JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. (dissenting on the cross-appeal) — Although I agree with my colleague, Justice McLachlin, with respect to her disposition of the main appeal, I do not respectfully agree with her disposition of the cross-appeal. The extent of my disagreement is limited to the treatment of arbitrators as “courts of competent jurisdiction”.

I do not dispute the fact that arbitrators are bound to apply the law, and as a result, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I agree that arbitrators can and must make decisions in conformity with the *Charter*. The trilogy of decisions of this Court in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, clearly sets out that tribunals must not apply provisions which they determine violate the *Charter*.

However, I do not agree with my colleague when she suggests that it follows from this principle that arbitrators have the power, under s. 24(1) of the *Charter*, to remedy the *Charter* violations they find. In my view, an arbitrator cannot award a remedy for a *Charter* breach, because arbitrators are not courts of competent jurisdiction. There is a distinction between the power to find a *Charter* violation and actually providing a remedy for the *Charter* violation. In order to award a *Charter* remedy, the arbitrator must have specific jurisdiction to do so. In the following discussion, I shall

dienne des droits et libertés. Pourvoi rejeté. Pourvoi incident accueilli, les juges La Forest, Sopinka et Iacobucci sont dissidents.

Stephen T. Goudge, c.r., Martha Milczynski et Andrew K. Lokan, pour l'appelant.

Joan M. Prior, pour l'intimée.

Version française des motifs des juges La Forest, Sopinka et Iacobucci rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident quant au pourvoi incident) — Bien que je sois d'accord avec ma collègue le juge McLachlin quant au dispositif du pourvoi principal, je ne puis, avec égards, souscrire à son dispositif du pourvoi incident. Mon désaccord se limite à la qualification des arbitres en tant que «tribunaux compétents».

Je ne conteste pas le fait que les arbitres sont tenus d'appliquer le droit et, partant, la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je conviens qu'ils peuvent et doivent prendre des décisions en conformité avec la *Charte*. Notre Cour a clairement énoncé dans la trilogie d'arrêts, *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, que les tribunaux administratifs ne doivent pas appliquer les dispositions qu'ils jugent contraires à la *Charte*.

Cependant, je ne puis être d'accord avec ma collègue lorsqu'elle affirme que, suivant ce principe, les arbitres ont le pouvoir, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, de remédier à ce qu'ils jugent être une violation de la *Charte*. À mon avis, l'arbitre ne peut accorder de réparation relativement à une violation de la *Charte* car il n'est pas un tribunal compétent. Il y a une différence entre pouvoir conclure à une violation de la *Charte* et accorder une réparation relativement à cette violation. Pour accorder une réparation fondée sur la *Charte*, l'arbitre doit en avoir la compétence explicite. Dans l'analyse

1

2

3

try to explain why arbitrators have not been granted such jurisdiction under the *Charter*.

4 At issue in the cross-appeal is whether a labour arbitrator can grant the s. 24(1) *Charter* remedy sought by the appellant, Weber. In McLachlin J.'s view, the question can be answered by examining whether the text of s. 45(1) of the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2 ("*OLRA*") ousts the jurisdiction of the courts with respect to a claim for a *Charter* remedy. In this way, she sees the conferral of broad jurisdiction upon the tribunal as evidence of the legislature's intention to oust the jurisdiction of the courts, even on *Charter* issues.

5 This approach differs substantially from my own, which focuses on the intention of those who drafted the *Charter*. In my view, the wide powers granted to an arbitrator pursuant to s. 45 *OLRA* must be interpreted in the light of the *Charter* and not the reverse. The relevant inquiry is thus whether a labour arbitrator was intended to be included in the expression "court of competent jurisdiction" in s. 24(1) of the *Charter*. To this end, one must examine the phrase "court of competent jurisdiction" as comprising two elements which must be determined individually. As a first step, one must decide if the arbitrator is the type of adjudicating body which can be granted the jurisdiction to award *Charter* remedies, that is, was it intended to be included in the term "court". This first step is a necessary but insufficient condition to finding that an adjudicating body has the ability to grant *Charter* remedies. Where this condition is met, one must then examine whether the "court" is of competent jurisdiction, according to the three-pronged test outlined by this Court in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863: jurisdiction over the parties, the subject matter, and the remedy sought.

6 Consequently, my discussion of the issue will be divided as follows. First, I shall discuss some of

qui suit, je tenterai d'expliquer la raison pour laquelle les arbitres ne se sont pas vu accorder cette compétence sous le régime de la *Charte*.

Le pourvoi incident soulève la question de savoir si un arbitre en relations du travail peut accorder la réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte* que l'appelant Weber demande. De l'avis du juge McLachlin, il suffit, pour résoudre la question, de déterminer si le libellé du par. 45(1) de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. L.2 («*LRTO*») dépossède les cours de justice de leur compétence à l'égard d'une demande de réparation fondée sur la *Charte*. De cette façon, elle considère que la compétence générale dont est investi le tribunal administratif est la preuve de l'intention de la législature de déposséder les cours de justice de leur compétence, même à l'égard de questions relatives à la *Charte*.

Cette conception diffère considérablement de la mienne, qui s'appuie plutôt sur l'intention des rédacteurs de la *Charte*. À mon avis, les vastes pouvoirs conférés à l'arbitre sous le régime de l'art. 45 *LRTO* doivent être interprétés à la lumière de la *Charte*, et non l'inverse. Il faut donc plutôt déterminer si l'arbitre en relations du travail était censé être visé par l'expression «tribunal compétent» au par. 24(1) de la *Charte*. À cette fin, on se doit d'analyser l'expression «tribunal compétent» comme réunissant deux composantes qui doivent être définies de façon distincte. La première étape consiste à déterminer si l'arbitre est le genre d'instance décisionnelle qui peut être investie du pouvoir d'accorder des réparations fondées sur la *Charte*, c'est-à-dire s'il était censé être compris dans le terme «tribunal». Cette première étape est une condition essentielle mais insuffisante pour conclure qu'une instance décisionnelle a le pouvoir d'accorder des réparations sous le régime de la *Charte*. Une fois cette étape franchie, on doit donc déterminer si le «tribunal» est compétent, conformément au critère à trois volets énoncé par notre Cour dans *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863: la compétence à l'égard des parties, de l'objet en cause et de la réparation demandée.

Mon analyse de la question se divisera donc comme suit. D'abord, j'analyserai certains des élé-

the differences between courts and tribunals which explain why s. 24(1) of the *Charter* does not, nor was it intended to, include tribunals. Second, I shall examine the powers of a labour arbitrator in order to show that, even if it could be considered a “court” for the purposes of s. 24(1), it does not meet the third criterion set out in *Mills* to be a court “of competent jurisdiction”, that is, jurisdiction over the remedy.

1. An arbitrator is not a “court”

My colleague cites the reasons of McIntyre J. in *Mills*, *supra*, in order to assert that it is the powers of a tribunal and not its label of “tribunal” which determines whether it can grant a s. 24(1) remedy in a given case. In other words, McLachlin J. does not consider first whether the tribunal was intended to be included in the word “court”. She assumes all adjudicating bodies have the potential to grant s. 24(1) remedies. She focuses upon whether an adjudicating body is “of competent jurisdiction”, that is, whether it meets the three-pronged *Mills* test. With respect, I disagree for the following reasons.

First, in *Mills*, McIntyre J. restricted his comments to the context of criminal cases. Second, a consideration of McIntyre J.’s reasons as a whole reveals that he consistently refers only to adjudicating bodies which are in fact “courts” within the ordinary meaning of the word, as I shall discuss below. Third, the focus of his discussion is more on the effect of the words “appropriate and just in the circumstances” on the type of remedy a court could grant, rather than on what constitutes a “court”. Finally, when considering whether a magistrate sitting at a preliminary inquiry is a “court of competent jurisdiction”, McIntyre J. does not clearly identify whether it is the “court” or “of competent jurisdiction” part of s. 24(1) that is not met. It is instructive to reproduce his words, at pp. 954-55:

ments qui distinguent les cours de justice des tribunaux administratifs et qui expliquent pourquoi le par. 24(1) de la *Charte* n’englobe pas, ni n’était censé englober les tribunaux administratifs. Ensuite, j’examinerai les pouvoirs de l’arbitre en relations du travail pour démontrer que, même s’il pouvait être qualifié de «tribunal» aux fins du par. 24(1), il ne satisfait pas au troisième critère énoncé dans *Mills* pour constituer un tribunal «compétent», c’est-à-dire celui de la compétence à l’égard de la réparation demandée.

1. L’arbitre n’est pas un «tribunal»

Ma collègue reprend les motifs du juge McIntyre exposés dans l’arrêt *Mills*, précité, pour affirmer que ce sont les pouvoirs du tribunal administratif et non son titre de «tribunal» qui permettent de déterminer s’il est compétent pour accorder une réparation en vertu du par. 24(1) dans une affaire donnée. En d’autres termes, le juge McLachlin ne considère pas d’abord si le tribunal administratif était censé être visé par l’expression «tribunal». Elle tient pour acquis que toutes les instances décisionnelles ont le pouvoir d’accorder des réparations en vertu du par. 24(1). Elle tente avant tout de déterminer si une instance décisionnelle est «compétent[e]», c’est-à-dire si elle satisfait au critère à trois volets énoncé dans *Mills*. En toute déférence, je diffère pour les motifs suivants.

Premièrement, dans *Mills*, le juge McIntyre a limité ses commentaires au contexte des affaires criminelles. Deuxièmement, si on examine les motifs du juge McIntyre dans leur ensemble, on constate qu’il renvoie constamment aux seules instances décisionnelles qui sont en fait des «tribunaux» au sens ordinaire du terme, tel que j’en ferai l’analyse ci-après. Troisièmement, son analyse est axée davantage sur l’effet qu’a l’expression «convenable et juste eu égard aux circonstances» sur le genre de réparation qu’un tribunal peut accorder, que sur ce qui constitue un «tribunal». Enfin, lorsqu’il considère si un magistrat qui préside une enquête préliminaire est un «tribunal compétent», le juge McIntyre ne précise pas clairement si c’est au volet «tribunal» ou «compétent» du par. 24(1) qu’on ne satisfait pas. Il est bon de reproduire les propos qu’il a tenus, aux pp. 954 et 955:

7

8

The preliminary hearing magistrate, now ordinarily a provincial court judge, finds his jurisdiction in Part XV of the *Criminal Code* of Canada. He is given jurisdiction to conduct the inquiry and in the process he must hear the evidence called for both parties and all cross-examination. He is given procedural powers under ss. 465 and 468 of the *Code*, including a power to direct the trial of an issue as to the fitness to stand trial. His principal powers are conferred in s. 475. After all the evidence has been taken, he may commit the accused for trial if, in his opinion, the evidence is sufficient, or discharge the accused if, in his opinion, upon the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial. He has no jurisdiction to acquit or convict, nor to impose a penalty, nor to give a remedy. He is given no jurisdiction which would permit him to hear and determine the question of whether or not a *Charter* right has been infringed or denied. He is, therefore, not a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*. It is said that he should be a court of competent jurisdiction for the purpose of excluding evidence under s. 24(2). In my view, no jurisdiction is given to enable him to perform this function. He can give, as I have said, no remedy. Exclusion of evidence under s. 24(2) is a remedy, its application being limited to proceedings under s. 24(1). In my view, the preliminary hearing magistrate is not therefore a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*, and it is not for courts to assign jurisdiction to him. I might add at this stage that it would be a strange result indeed if the preliminary hearing magistrate could be said to have the jurisdiction to give a remedy, such as a stay under s. 24(1), and thus bring the proceedings to a halt before they have started and this in a process from which there is no appeal. [Emphasis added.]

9 McIntyre J. held that a judge sitting in a preliminary inquiry does not possess the requisite capacity to hear and dispose of a *Charter* claim. There is language in this passage to suggest that a judge sitting in a preliminary inquiry is not a court of competent jurisdiction because he cannot award the appropriate remedy for the *Charter* violation. On the other hand, it is also possible to read McIntyre J.'s words as saying that a judge sitting in a preliminary inquiry does not have the powers necessary to determine whether there is a violation of the *Charter*, let alone remedy the situation. As I

La compétence du magistrat à l'enquête préliminaire (généralement de nos jours un juge de la cour provinciale) découle de la Partie XV du *Code criminel* du Canada. Il a compétence pour mener l'enquête et, ce faisant, il est tenu d'entendre la preuve produite par les deux parties ainsi que tous les contre-interrogatoires. Ses pouvoirs en matière de procédure, conférés par les art. 465 et 468 du *Code*, comprennent le pouvoir d'ordonner que soit tranchée la question de savoir si l'accusé est en état de subir son procès. L'article 475 lui attribue ses principaux pouvoirs. Lorsque toute la preuve a été recueillie, il peut renvoyer l'accusé pour subir son procès s'il estime que cette preuve est suffisante ou encore libérer l'accusé s'il juge la preuve insuffisante pour justifier le renvoi à procès. Il n'a pas compétence pour prononcer l'acquittement ou pour déclarer coupable, ni pour imposer une peine, ni encore pour accorder une réparation. Il n'a pas non plus la compétence qui l'autoriserait à entendre et à juger la question de savoir s'il y a eu violation ou négation d'un droit garanti par la *Charte*. Il s'ensuit donc qu'il n'est pas un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte*. Or, on soutient qu'il devrait l'être pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). Selon moi, on ne lui a pas attribué la compétence pour exercer cette fonction. Il n'est pas habilité, je le répète, à accorder de réparation. L'exclusion d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2) est une réparation qui ne peut être obtenue que dans le cadre d'une instance visée au par. 24(1). À mon sens, le magistrat à l'enquête préliminaire n'est donc pas un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte* et il n'appartient à aucun tribunal de lui confier la compétence. Il convient d'ajouter ici que le résultat serait bien étrange si l'on pouvait dire que le magistrat à l'enquête préliminaire avait compétence pour accorder une réparation, telle une suspension des procédures en vertu du par. 24(1), arrêtant ainsi les procédures avant même qu'elles ne commencent, et ce par une décision non susceptible d'appel. [Je souligne.]

Le juge McIntyre a statué qu'un juge à l'enquête préliminaire n'a pas la compétence nécessaire pour entendre et juger une demande fondée sur la *Charte*. Il y a dans ce passage des extraits qui laissent entendre qu'un juge à l'enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent puisqu'il ne peut accorder la réparation qui convient pour remédier à la violation de la *Charte*. Par ailleurs, on pourrait également déduire des propos du juge McIntyre que le juge à l'enquête préliminaire n'a pas les pouvoirs qui lui permettraient de déterminer s'il y a violation de la *Charte*, et encore moins de remé-

understand his reasoning, there are two components to a court of competent jurisdiction: one, the ability to hear the *Charter* claim, and second, the jurisdiction to grant a remedy. In sum, my reading of this passage is that McIntyre J. held that preliminary inquiries were not proper fora for adjudicating *Charter* claims, because the nature and purpose of preliminary inquiries did not correspond to those of a “court” under s. 24(1).

Reading *Mills* in this way, I find that my colleague’s conception of s. 24(1) is fundamentally at odds with the intention of those who drafted s. 24(1). The use of the word “court” was deliberate; it was meant to correspond to an adjudicating body with specific characteristics that enable it to grant *Charter* remedies. If a magistrate sitting in a preliminary inquiry does not possess the characteristics of a “court”, it is difficult to accept that a tribunal, which is not even presided by a judge in a traditional courtroom, can be so considered.

This being said, the term “court” is not defined in the text of s. 24(1). However, an examination of the ordinary meaning of the word sheds some light on its interpretation. The dictionary definition of the English word “court” is as follows: “assembly of judges or other persons acting as tribunal (*court of law, lawcourt; court of justice, of judicature. . .*)” (*Concise Oxford Dictionary* (7th ed. 1989)). Thus a “court” in its ordinary sense would refer to courts of justice. In Canada, this would refer to provincial superior and inferior courts, and federal courts. Generally, the word “court” does not imply a reference to a tribunal in the same way the term “adjudicative body” might.

When one considers the French version, the word “*tribunal*” can be viewed as not having the same immediate and exclusive reference to courts of justice as the English expression has. However in fact, the dictionary definition resembles the

dier à la situation. Si je saisis bien son raisonnement, le tribunal compétent est fait de deux composantes: le pouvoir d’entendre la demande fondée sur la *Charte* et la compétence pour accorder une réparation. En somme, dans ce passage le juge McIntyre a conclu, à mon avis, que les enquêtes préliminaires ne sont pas la tribune qui convient pour disposer des demandes fondées sur la *Charte*, pour le motif que la nature et l’objectif des enquêtes préliminaires ne sont pas ceux d’un «tribunal» au sens du par. 24(1).

Interprétant *Mills* de cette façon, j’estime que la conception que ma collègue privilégie relativement au par. 24(1) est fondamentalement contraire à l’intention des rédacteurs de ce paragraphe. L’emploi du mot «tribunal» («*court*» en anglais) était délibéré; ce terme devait se rapporter à une instance décisionnelle dotée de caractéristiques spécifiques lui permettant d’accorder des réparations en vertu de la *Charte*. Si un magistrat à l’enquête préliminaire ne possède pas les caractéristiques d’un «tribunal», il est difficile d’accepter qu’un tribunal administratif, qui n’est même pas présidé par un juge dans une salle d’audience traditionnelle, puisse être considéré comme les possédant.

Cela dit, le terme «tribunal» n’est pas défini dans le texte du par. 24(1). Toutefois, l’analyse du sens ordinaire du terme jette une certaine lumière sur son interprétation. En ce qui concerne le terme «*court*» du texte anglais, la définition lexicographique est la suivante: «assembly of judges or other persons acting as tribunal (*court of law, lawcourt; court of justice, of judicature. . .*)» (*Concise Oxford Dictionary* (7^e éd. 1989)). Ainsi, au sens ordinaire du terme, «*court*» renverrait à une cour de justice. Au Canada, il s’agit des cours provinciales de juridiction supérieure et de juridiction inférieure, et des cours fédérales. En général, le mot «*court*» n’implique pas une référence à un tribunal administratif de la même façon que le terme «instance décisionnelle» le pourrait.

Si on examine le texte français, le mot «tribunal» peut être considéré comme ne se rapportant pas aussi directement et exclusivement aux cours de justice que le terme anglais. Toutefois, en fait, la définition lexicographique du terme se rap-

10

11

12

English meaning: “Magistrat ou corps de magistrats exerçant une juridiction (V. **Juge, juridiction, justice; chambre, conseil, cour**). Spécialt. (*Dr.*) Juridiction inférieure (*opposé à chambre, cour*)” (Paul Robert, *Le Petit Robert 1* (1990)). One can easily observe that the enumerated synonyms of the word “tribunal” reveal that the scope of the generic meaning of the word is not as large as some would suggest; all the bodies referred to are presided by judges in traditional courtrooms. Moreover, in Canada, an administrative tribunal is generally identified more specifically as a *tribunal administratif*, rather than simply a *tribunal*. As a result, I would not read the French version as in conflict with the English version. In fact, I am of the view that the words “tribunal” and “court” have the same meaning, namely, that both refer to courts of justice, and that an administrative tribunal does not come within that ordinary meaning.

proche du sens qu’on lui donne en anglais: «Magistrat ou corps de magistrats exerçant une juridiction (V. **Juge, juridiction, justice; chambre, conseil, cour**). Spécialt. (*Dr.*) Juridiction inférieure (*opposé à chambre, cour*)» (Paul Robert, *Le Petit Robert 1* (1990)). On peut sans peine remarquer que les synonymes qu’on rattache au mot «tribunal» révèlent que la portée du sens générique du mot n’est pas aussi vaste que certains le prétendent; toutes les instances mentionnées sont présidées par des juges dans des salles d’audience traditionnelles. En outre, au Canada, lorsqu’il est question de tribunal administratif, en général on privilégie l’emploi de l’expression entière, soit «tribunal administratif», plutôt que le simple terme «tribunal». En conséquence, je ne crois pas que le texte français entre en conflit avec le texte anglais. En fait, je suis d’avis que les mots «tribunal» et «court» ont le même sens, c’est-à-dire que tous deux renvoient à des cours de justice, et qu’un tribunal administratif ne revêt pas ce sens ordinaire.

13 This examination of the ordinary meaning of the term “court” tends to counter the suggestion that administrative tribunals were intended to be included in the word “court” for the purposes of s. 24(1). However, s. 24(1), as part of the Constitution, commands more than a literal reading; it requires an interpretation which keeps in mind the goal of the provision and its interplay with the rest of the *Charter*. Nonetheless, a more purposive approach to interpreting s. 24(1) reveals that there are more compelling reasons that support my view that labour arbitrators were not intended to be included in s. 24(1). These relate to the fundamental differences between courts and tribunals. I should like to mention two.

L’analyse du terme «tribunal» dans son sens ordinaire tend à contrecarrer la prétention que les tribunaux administratifs étaient censés être inclus dans le terme «tribunal» aux fins du par. 24(1). Toutefois, le par. 24(1), en tant que partie de la Constitution, commande plus qu’une interprétation littérale; il requiert une interprétation qui tienne compte de l’objectif de la disposition et de son interaction avec le reste de la *Charte*. Néanmoins, si on privilégie une interprétation du par. 24(1) qui se fonde davantage sur l’objet, on peut constater l’existence de raisons encore plus sérieuses qui me confortent dans mon opinion que les arbitres en relations du travail n’étaient pas censés être visés par le par. 24(1). Ces raisons concernent les différences fondamentales qui existent entre les cours de justice et les tribunaux administratifs. J’en mentionnerai deux.

14 The first significant difference between courts and tribunals relates to the difference in the manner in which decisions are rendered by each type of adjudicating body. Courts must decide cases according to the law and are bound by *stare decisis*. By contrast, tribunals are not so constrained. When acting within their jurisdiction, they may

La première distinction importante entre les cours de justice et les tribunaux administratifs réside dans la manière différente dont les décisions sont rendues par chaque type d’instance décisionnelle. Les cours de justice doivent trancher les affaires en conformité avec le droit et sont liées par la règle du *stare decisis*. Les tribunaux administra-

solve the conflict before them in the way judged to be most appropriate. In labour arbitration, the arbitrator is not bound to follow the decisions of other arbitrators, even when similar circumstances arise. Although appropriate in labour relations, where each dispute between union and employer is a private matter, to be decided by mutually agreed to rules, such is not the case for constitutionally protected rights which are supposed to be held by all Canadians equally. In the area of *Charter* adjudication, it is quite important to ensure a relatively constant application and interpretation of *Charter* rights and remedies. As the *Charter* forms part of the supreme law of the country, it is in keeping with its status to have *Charter* claims decided by a system of adjudication that tries to be relatively uniform (both in the interpretation of *Charter* rights and *Charter* remedies), that is to say, by the courts of justice.

A second difference lies in the institutional organization and functioning of tribunals, as opposed to that of courts. Tribunals are intended to provide adjudicating bodies with specialized knowledge the courts are unable to offer. They are also designed structurally to provide decisions in a shorter amount of time and with less expense than the courts. Particularly in an area such as labour law, the establishment of a system which bars traditional litigation in favour of conflict resolution mutually agreed upon in the collective agreement has advantages for promoting labour peace and negotiation between employer and union. However, the flip side of the accessibility of tribunals is that their procedure is often simplified or altered. Inside the area of expertise of a tribunal, this is perfectly acceptable, as the interests of quick and

tifs, quant à eux, ne sont pas ainsi restreints. Lorsqu'ils agissent dans le cadre de leur compétence, ils peuvent résoudre le conflit dont ils sont saisis de la manière qu'ils estiment la plus appropriée. En relations du travail, l'arbitre n'est pas tenu de suivre les décisions d'autres arbitres, même lorsque les circonstances sont semblables. Cette situation convient en relations du travail, où chaque conflit opposant syndicat et employeur est privé, et doit être tranché suivant des règles auxquelles ont adhéré les deux parties, mais il n'en est pas de même dans le cas des droits protégés par la Constitution, dont tous les Canadiens sont censés jouir également. Dans le contexte d'une décision relative à la *Charte*, il est très important de garantir une application et une interprétation relativement uniformes des droits garantis par la *Charte* et des réparations qui en découlent. La *Charte* faisant partie de la loi suprême du pays, son statut exige que les demandes dont elle constitue le fondement soient tranchées par un système décisionnel qui tend vers une relative uniformité (tant dans l'interprétation des droits garantis par la *Charte* que dans les réparations fondées sur la *Charte*), c'est-à-dire par les cours de justice.

La seconde différence tient dans l'organisation et le fonctionnement institutionnels des tribunaux administratifs par opposition à ceux des cours de justice. Les tribunaux administratifs sont censés fournir aux instances décisionnelles une connaissance spécialisée que les cours de justice sont incapables d'offrir. Leur structure permet également que les décisions soient rendues dans un plus bref délai et à un coût moindre que ne le feraient les cours de justice. Particulièrement dans un domaine comme le droit du travail, la mise sur pied d'un système qui ferme la porte à un litige traditionnel en faveur d'une résolution de conflit prévue par les parties dans la convention collective a l'avantage de favoriser la paix dans les relations du travail et les négociations entre l'employeur et le syndicat. Toutefois, le revers de l'accessibilité des tribunaux administratifs est que leur procédure est fréquemment simplifiée ou modifiée. Dans les limites du champ d'expertise d'un tribunal administratif, cela est parfaitement acceptable, puisque l'avantage

inexpensive resolution of specific problems is a desirable objective.

16 However, this is not the case where a constitutional issue arises. A tribunal such as a labour arbitrator is ill-equipped to deal with the requirements of a s. 24(1) application. Structurally, it has not been designed to hold a hearing requiring evidence of a constitutional violation, nor is there a procedure in existence to obtain the participation of an Attorney General before it where legislative provisions are at issue. Its members are not trained in determining appropriate remedies for a constitutional violation, and often have no formal legal training. Moreover, a tribunal does not have the same guarantee of independence as a court. This is where the formal arrangement of a traditional courtroom, with its rules of evidence and procedure, finds its role. Although not every "court" is of competent jurisdiction in every circumstance (see: *Mills, supra*, and *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588), the structure of a court, be it superior or inferior, is such that a s. 24(1) application could be properly adjudicated before it. In short, the choice of the word "court" in s. 24(1) reflects an intention to confer the ability to decide questions of remedies for *Charter* violations on those institutions which are conceptually "courts". It is the characteristics of a "court": the rules of procedure and evidence, the independence and legal training of its judges, the possibility of hearing from a third party intervener such as an Attorney General or an *amicus curiae*, which make it the most suitable forum to hear a s. 24(1) application.

17 For the above reasons, it is my view that it was not the intention of the framers of the *Charter* to include tribunals in the term "court" used in s. 24(1).

2. Even if a court, an arbitrator is not a court "of competent jurisdiction"

que présente une résolution rapide et peu coûteuse de problèmes précis est un objectif souhaitable.

Ce n'est toutefois pas le cas lorsqu'une question constitutionnelle est soulevée. Un tribunal administratif comme l'arbitre en relations du travail n'a pas les outils nécessaires pour répondre aux exigences d'une demande fondée sur le par. 24(1). Sur le plan structurel, il n'a pas été conçu pour tenir une audience qui requiert la preuve d'une violation constitutionnelle, ni ne prévoit-il de procédure lui permettant d'obtenir qu'un procureur général comparaisse devant lui lorsque des dispositions législatives sont en cause. Ses membres ne sont pas formés pour déterminer les réparations qui conviennent à une violation constitutionnelle, et il arrive fréquemment qu'ils n'ont aucune formation juridique reconnue. En outre, un tribunal administratif n'offre pas la même garantie d'indépendance qu'une cour de justice. C'est là que la disposition officielle d'une salle d'audience traditionnelle, avec ses règles de preuve et de procédure, puise son rôle. Bien que tout «tribunal» ne soit pas compétent dans toutes circonstances (voir: *Mills*, précité, et *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588), la structure d'une cour de justice, qu'elle soit de juridiction supérieure ou inférieure, est telle qu'elle pourrait à bon droit trancher une demande fondée sur le par. 24(1). Bref, le choix du mot «tribunal» au par. 24(1) révèle une intention de conférer le pouvoir de trancher les questions de réparation à l'égard de violations de la *Charte* aux institutions qui, au niveau conceptuel, sont des «tribunaux». Ce sont les caractéristiques du «tribunal», soit les règles de procédure et de preuve, l'indépendance et la formation juridique de ses juges, la possibilité d'entendre un tiers intervenant comme un procureur général ou un *amicus curiae*, qui en font la juridiction la plus appropriée pour entendre une demande fondée sur le par. 24(1).

Pour ces motifs, je suis d'avis que les rédacteurs de la *Charte* n'avaient pas l'intention d'inclure les tribunaux administratifs dans le terme «tribunal» employé au par. 24(1).

2. Même s'il était un «tribunal», l'arbitre n'est pas un tribunal «compétent»

In *Mills, supra*, this Court examined the text of s. 24(1) in an effort to discern the meaning of the words “of competent jurisdiction”. In the view of the majority, in order for a “court” to be so qualified, it must have jurisdiction over the parties, the subject matter of the claim, and the remedy sought. In the present appeal, the only issue is whether an arbitrator has jurisdiction to award the remedy sought. In *Mills*, this Court decided that the *Charter* did not create jurisdiction for a “court”; jurisdiction had to exist independently of the *Charter*. The issue is thus whether a labour arbitrator possesses an independent source of jurisdiction to award *Charter* remedies. I shall offer my conclusions on the issue first before discussing the reasons therefor.

My colleague concludes that the labour arbitrator had jurisdiction over the remedy sought in this case. She finds the independent source of this jurisdiction in an arbitrator’s legal power to consider *Charter* issues. Although I do not dispute the ability of arbitrators to decide “*Charter* issues”, this ability does not include the ability to grant *Charter* remedies. In particular, I cannot agree with her when she states (at pp. 960-61):

In applying the law of the land to the disputes before them, be it the common law, statute law or the *Charter*, arbitrators may grant such remedies as the Legislature or Parliament has empowered them to grant in the circumstances. For example, a labour arbitrator can consider the *Charter*, find laws inoperative for conflict with it, and go on to grant remedies in the exercise of his powers under the *Labour Code: Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College, supra*. If an arbitrator can find a law violative of the *Charter*, it would seem he or she can determine whether conduct in the administration of the collective agreement violates the *Charter* and likewise grant remedies.

While I agree that arbitrators must not apply an invalid law, an arbitration decision cannot have the effect of actually striking down the law; only a court can make such a declaration (see *Cuddy Chicks, supra*, at p. 17). Moreover, the remedies

Dans l’arrêt *Mills*, précité, notre Cour a examiné le libellé du par. 24(1) en vue d’en extraire le sens du mot «compétent». De l’avis de la majorité, pour qu’un «tribunal» soit ainsi qualifié, il doit avoir compétence à l’égard des parties, de l’objet de la demande et de la réparation demandée. Dans le présent pourvoi, la seule question est de savoir si un arbitre est compétent pour accorder la réparation demandée. Dans *Mills*, notre Cour a décidé que la *Charte* ne conférait aucune compétence à un «tribunal»; la compétence devait exister indépendamment de la *Charte*. La question est donc de savoir si un arbitre en relations du travail tire d’une source indépendante la compétence pour accorder des réparations fondées sur la *Charte*. Je ferai part de mes conclusions sur la question avant d’en préciser les raisons.

Ma collègue conclut que l’arbitre en relations du travail avait compétence relativement à la réparation demandée en l’espèce. Elle tire la source indépendante de cette compétence dans le pouvoir légal de l’arbitre d’examiner les questions fondées sur la *Charte*. Bien que je ne conteste pas le pouvoir des arbitres de disposer de «questions relatives à la *Charte*», ce pouvoir n’inclut pas celui d’accorder des réparations fondées sur la *Charte*. Notamment, je ne peux être d’accord avec elle lorsqu’elle écrit (aux pp. 960 et 961):

Dans l’application du droit du pays aux litiges qui lui sont soumis, que ce soit la common law, le droit d’origine législative ou la *Charte*, l’arbitre peut accorder les réparations que la législature ou le Parlement l’a habilité à accorder dans les circonstances. Ainsi, un arbitre peut considérer la *Charte*, conclure que sont inopérantes les lois qui n’y sont pas conformes, puis accorder des réparations dans l’exercice des pouvoirs que lui confère le *Code du travail: Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College, précité*. Si un arbitre peut conclure qu’une loi porte atteinte à la *Charte*, il semble qu’il puisse déterminer si un comportement dans l’administration de la convention collective viole la *Charte* et également accorder des réparations.

Bien que je convienne que les arbitres ne doivent pas appliquer une loi inopérante, leur décision ne peut avoir pour effet de radier véritablement la loi; seule une cour de justice peut se prononcer dans ce sens (voir *Cuddy Chicks, précité*, à la

18

19

20

which a tribunal is empowered by Parliament or the Legislature to give, are, in my view, limited to those circumstances which arise out of the mandate of the tribunal. A labour arbitrator is empowered to grant labour relations remedies. In my view, a labour relations remedy is qualitatively different from a *Charter* remedy, even though the latter may be required in a labour relations context. Thus, when an arbitrator grants a remedy "in the exercise of his powers under the *Labour Code*", he or she can only grant a remedy within the confines of his statutory authority. This statutory empowerment to grant labour relations remedies does not extend to include a constitutional empowerment to grant *Charter* remedies.

21 Finally, the fact that an arbitrator can decide that behaviour is violative of the *Charter* does not mean that the tribunal has the power to sanction that behaviour because it is a *Charter* violation. I draw the analogy with this Court's interpretation of a tribunal's power under s. 52(1). There a tribunal can only not apply a law which violates the *Charter*; it cannot declare that provision invalid generally (see *Cuddy Chicks*, *supra*). In short, it cannot remedy the fact that the law is invalid, it can only remark that it is so. In the same way, a tribunal may determine if behaviour violates the *Charter*; however, it cannot remedy that fact. The reason for this lies in the fact that the drafters of the Constitution have decided that such a task, like declaring a law invalid, is within the realm of the courts.

22 To support the foregoing conclusions, it is important to review the trilogy of *Douglas College/Cuddy Chicks/Tétreault-Gadoury*. In particular, one must consider this Court's decision to sever its analysis of a tribunal's ability to apply s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* from the question of a tribunal's ability to grant s. 24(1) remedies. In my opinion, this clearly reflects the view that the two powers are materially different. Fur-

p. 17). En outre, les réparations qu'un tribunal administratif est habilité par le Parlement ou la législature à accorder sont à mon avis restreintes aux situations qui participent de son mandat. Un arbitre en relations du travail est habilité à accorder des réparations qui se rapportent aux relations du travail. À mon avis, de telles réparations sont qualitativement différentes des réparations fondées sur la *Charte*, bien que ces dernières puissent être requises dans le contexte des relations du travail. Aussi, lorsqu'un arbitre accorde une réparation «dans l'exercice des pouvoirs que lui confère le *Code du travail*», il ne peut qu'accorder une réparation qui se situe dans les limites du pouvoir que lui confère la loi. Ce pouvoir d'accorder des réparations dans le domaine des relations du travail ne s'étend pas de façon à inclure le pouvoir constitutionnel d'accorder des réparations fondées sur la *Charte*.

Enfin, le fait qu'un arbitre puisse décider qu'un comportement viole la *Charte* ne signifie pas qu'il a le pouvoir de punir ce comportement parce qu'il viole la *Charte*. J'établis une analogie avec l'interprétation qu'a privilégiée notre Cour quant au pouvoir d'un tribunal administratif sous le régime du par. 52(1). Dans ce cas, ce tribunal ne peut que ne pas appliquer un texte législatif qui enfreint la *Charte*; il ne peut déclarer la disposition inopérante de façon générale (voir *Cuddy Chicks*, précité). Bref, il ne peut remédier au fait que la loi est inopérante, il ne peut qu'en faire la remarque. De la même manière, un tribunal administratif peut déterminer si un comportement porte atteinte à la *Charte* sans toutefois pouvoir y remédier. S'il en est ainsi, c'est que les rédacteurs de la Constitution ont décidé que cette tâche, comme celle de déclarer une loi inopérante, relève des cours de justice.

Pour étayer les conclusions qui précèdent, il importe d'analyser la trilogie *Douglas College/Cuddy Chicks/Tétreault-Gadoury*. En particulier, on doit considérer la décision de notre Cour de dissocier son analyse du pouvoir d'un tribunal administratif d'appliquer le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* de la question de celui d'accorder des réparations fondées sur le par. 24(1). À mon avis, cela signifie manifestement que

thermore, the question of whether tribunals are courts “of competent jurisdiction” for the purposes of s. 24(1) was expressly not decided in the cases.

In *Douglas College, supra*, a labour arbitrator was called upon to determine whether or not a mandatory retirement provision in a collective agreement violated s. 15(1) of the *Charter*. The union party to the agreement had proceeded by way of a grievance on behalf of the two employees contesting their forced retirements. The arbitrator, who had a broad statutory jurisdiction similar to that granted under the *OLRA*, found that the provision violated s. 15(1) and did not apply the provision. The Court of Appeal upheld the decision.

At issue in the case was whether the arbitrator had the jurisdiction to disregard the provision of the collective agreement which was judged to be in violation of the Constitution. La Forest J., writing for the majority, did not find it was necessary to consider the issue whether an arbitrator is a court of competent jurisdiction under the *Charter*; he resolved the appeal by reference to s. 52(1). To the degree an enactment is not valid constitutionally, the tribunal must disregard it, as s. 52(1) requires. La Forest J. stated (at p. 594):

Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* provides that any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution of Canada — the supreme law of the land — is, to the extent of its inconsistency, of no force or effect. A tribunal must respect the Constitution so that if it finds invalid a law it is called upon to apply, it is bound to treat it as having no force or effect.

Where, however, a tribunal is asked to determine whether *Charter* rights have been infringed or to grant a remedy under s. 24(1), the situation is different. A tribunal’s power is that conferred by its statutory mandate. . . . In a word, an administrative tribunal is limited to exercising its statutory mandate.

What results from this passage and from the decision of the Court is that the ability to verify the validity of an enactment is part of a tribunal’s power to decide questions of law. It is called upon to apply the law, and thus must be able not to

les deux pouvoirs sont très différents. En outre, la question de savoir si les tribunaux administratifs sont des tribunaux «compétents» aux fins du par. 24(1) a expressément été laissée ouverte dans ces affaires.

Dans *Douglas College*, précité, un arbitre en relations du travail a été appelé à déterminer si une disposition relative à la retraite obligatoire prévue dans une convention collective violait le par. 15(1) de la *Charte*. Le syndicat partie à la convention avait déposé un grief pour le compte des deux employés qui contestaient leur retraite obligatoire. L’arbitre, investi par la loi d’une vaste compétence, semblable à celle que confère la *LRTO*, a conclu que la disposition violait le par. 15(1) et ne l’a pas appliquée. La Cour d’appel a maintenu la décision.

Dans cette affaire, il s’agissait de savoir si l’arbitre pouvait passer outre à la disposition de la convention collective jugée contraire à la Constitution. S’exprimant au nom de la majorité, le juge La Forest n’a pas estimé nécessaire de déterminer si un arbitre est un tribunal compétent au sens de la *Charte*; il a résolu le pourvoi par renvoi au par. 52(1). Dans la mesure où un texte législatif est inconstitutionnel, le tribunal doit l’écarter, comme le requiert le par. 52(1). Le juge La Forest s’est exprimé ainsi (à la p. 594):

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que la Constitution — la loi suprême du Canada — rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Un tribunal doit respecter la Constitution de sorte que, s’il conclut que la loi qu’on lui demande d’appliquer est invalide, il doit la traiter comme si elle était inopérante.

Cependant, lorsqu’un tribunal doit déterminer si des droits reconnus par la *Charte* ont été violés ou accorder une réparation en vertu du par. 24(1), la situation est différente. Le pouvoir d’un tribunal lui vient du mandat conféré par la loi. [. . .] Bref, un tribunal administratif est limité à exercer le mandat conféré par la loi.

Il découle de ce passage et de la décision de notre Cour que le pouvoir de vérifier la validité d’un texte de loi fait partie du pouvoir d’un tribunal administratif de trancher des questions de droit. Comme il est appelé à appliquer le droit, il doit

23

24

25

apply laws which violate the supreme law of the country.

26

In *Cuddy Chicks, supra*, the tribunal in question was the Ontario Labour Relations Board. At issue was the Board's jurisdiction to determine, in the course of its consideration of an application for certification, the validity under the *Charter* of a provision of the *Labour Relations Act*. La Forest J., again writing for the majority, is careful to note that s. 52(1) is not attributive of jurisdiction, and that as such, it does not function as an independent source of the tribunal's jurisdiction. Jurisdiction must be expressly or impliedly conferred on the tribunal by its enabling statute or otherwise. He sets out that a tribunal must have jurisdiction over the parties, the subject matter and the remedy in order to apply s. 52(1). However, this framework is distinct from s. 24(1) (at pp. 14-15):

While this analytical framework mirrors the requirements for a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter* as outlined in *Mills v. The Queen, supra*, as was the case in *Douglas College*, it is unnecessary to have recourse to s. 24(1) to determine whether the Board has jurisdiction over *Charter* issues. An administrative tribunal need not meet the definition of a court of competent jurisdiction in s. 24(1) of the *Charter* in order to have the necessary authority to subject its enabling statute to *Charter* scrutiny. In the present case, the relevant inquiry is not whether the tribunal is a "court" but whether the legislature intended to confer on the tribunal the power to interpret and apply the *Charter*. [Emphasis added.]

27

It follows from this passage that the ability to decide *Charter* issues flows from the text of s. 52(1) and not s. 24(1). However, as s. 52(1) is not attributive of jurisdiction, the tribunal must already possess the ability to decide questions of law in order to have the necessary jurisdiction to apply s. 52(1). That was precisely the issue in the third case of the trilogy, *Tétreault-Gadoury, supra*. In that case, the Court decided that the absence of a provision granting a power to decide questions of law to

donc pouvoir ne pas appliquer les lois inopérantes qui violent la loi suprême du pays.

Dans *Cuddy Chicks*, précité, le tribunal administratif en question était la Commission des relations de travail de l'Ontario. Le litige portait sur la compétence de la Commission pour déterminer, dans le cadre de son examen d'une demande d'accréditation, la validité au regard de la *Charte* d'une disposition de la *Loi sur les relations de travail*. Le juge La Forest, s'exprimant encore au nom de la majorité, a pris soin de noter que le par. 52(1) n'est pas attributif de compétence et, à ce titre, ne constitue pas une source indépendante de compétence pour le tribunal. La compétence doit être expressément ou implicitement conférée au tribunal par sa loi habilitante ou autrement. Il établit qu'un tribunal doit être compétent à l'égard des parties, de l'objet en cause et de la réparation pour pouvoir appliquer le par. 52(1). Toutefois, cette structure est distincte du par. 24(1) (aux pp. 14 et 15):

Bien que cette perspective analytique reflète les conditions nécessaires à l'existence d'un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte* telles qu'elles sont exposées dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, précité, il n'est pas nécessaire, tout comme dans l'arrêt *Douglas College*, d'avoir recours au par. 24(1) pour déterminer si la Commission a compétence à l'égard des questions ayant trait à la *Charte*. Un tribunal administratif n'a pas à répondre à la définition d'un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte* pour détenir l'autorité nécessaire pour examiner la conformité de sa loi habilitante à la lumière de la *Charte*. En l'espèce, la question pertinente ne consiste pas à savoir si le tribunal administratif est un «tribunal» au sens du par. 24(1) de la *Charte*, mais plutôt si le législateur entendait conférer au tribunal le pouvoir d'interpréter et d'appliquer la *Charte*. [Je souligne.]

Il s'ensuit donc que le pouvoir de trancher des questions relatives à la *Charte* découle du texte du par. 52(1) et non du par. 24(1). Toutefois, comme le par. 52(1) n'est pas attributif de compétence, le tribunal administratif doit déjà être habilité à résoudre des questions de droit pour avoir la compétence nécessaire pour appliquer le par. 52(1). C'est exactement la question que soulevait la troisième affaire de la trilogie, *Tétreault-Gadoury*, précitée. Dans cette affaire, la Cour a décidé que

the Board of Referees (constituted under the *Unemployment Insurance Act, 1971*) prevented it from applying s. 52(1). Given the findings of this Court concerning the ability to decide *Charter* issues, it cannot be argued that such a power constitutes an empowerment to award s. 24(1) remedies.

To return to the present appeal and the specific question of the arbitrator's jurisdiction over the remedy, my colleague is of the view that once a tribunal has the ability to grant the type of relief sought, it can award that relief in any context, including that of remedying *Charter* violations. I have difficulty accepting this view. The reason for this is that remedies under s. 24(1) are, collectively, a distinct type of remedy. That is to say, awarding damages pursuant to s. 24(1) is not merely awarding damages, it is awarding damages for a *Charter* breach. As a result, the power to order a s. 24(1) remedy must be conferred on the "court" in question, over and above the power to award the specific remedy which may arise in another context. That is to say, in order to award damages for a *Charter* violation, the court must possess the ability to award a s. 24(1) remedy in addition to the power to award damages generally. Accordingly, in this case, although a labour arbitrator is empowered to grant remedies authorized by the *OLRA*, that does not, of itself, confer a jurisdiction to grant *Charter* remedies. In other words, the "court" must first have the ability to grant *Charter* remedies before one considers the range of relief it is able to grant for the *Charter* violation. I believe such an approach best respects the meaning and intention of the drafters of s. 24(1) of the *Charter*. It is not open to the legislature, be it federal or provincial, to alter unilaterally the constitu-

l'absence d'une disposition conférant au conseil arbitral (constitué sous le régime de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*) le pouvoir de trancher des questions de droit empêchait ce dernier d'appliquer le par. 52(1). Étant donné les conclusions de notre Cour concernant le pouvoir de trancher des questions relatives à la *Charte*, on ne saurait soutenir qu'un tel pouvoir confère celui d'accorder des réparations en vertu du par. 24(1).

Pour en revenir au présent pourvoi et à la question précise de la compétence de l'arbitre à l'égard de la réparation, ma collègue est d'avis qu'une fois que le tribunal administratif a le pouvoir d'accorder le genre de réparation demandé, il peut l'accorder dans tout contexte, y compris pour remédier à des violations de la *Charte*. J'éprouve une certaine difficulté à souscrire à ce point de vue puisque les réparations accordées en vertu du par. 24(1) sont, collectivement, une forme distincte de réparations. C'est-à-dire que le fait d'accorder des dommages-intérêts conformément au par. 24(1) ne se résume pas simplement à accorder des dommages-intérêts; il s'agit d'une condamnation à des dommages-intérêts pour violation de la *Charte*. En conséquence, le pouvoir d'ordonner une réparation fondée sur le par. 24(1) doit être conféré au «tribunal» en question, en plus du pouvoir d'accorder la réparation donnée qui peut exister dans un contexte différent. Cela signifie que, pour accorder des dommages-intérêts à la suite d'une violation de la *Charte*, le tribunal doit être habilité à accorder une réparation fondée sur le par. 24(1) en plus de pouvoir accorder des dommages-intérêts de façon générale. Par conséquent, en l'espèce, bien qu'un arbitre en relations du travail soit habilité à accorder des réparations prévues par la *LRTO*, il n'est pas de ce fait habilité à accorder des réparations fondées sur la *Charte*. En d'autres termes, le «tribunal» doit d'abord et avant tout avoir le pouvoir d'accorder des réparations fondées sur la *Charte* avant que l'on considère la gamme de réparations qu'il peut accorder pour une violation de la *Charte*. À mon sens, une telle conception respecte davantage le sens du par. 24(1) de la *Charte* et l'intention de ses rédacteurs. Il n'appartient pas à la législature, qu'elle soit fédérale ou provinciale, de modifier unilatéralement le choix constitutionnel du tribunal

tional choice of forum for awarding *Charter* remedies.

3. Conclusion

29 In the case at bar, it is completely within the power of the arbitrator to decide that the actions of the employer in this case violated s. 8 of the *Charter*. It can decide on this basis that where the *Charter* has been violated, this is evidence that can assist the tribunal in concluding that the collective agreement has also been violated. However, deciding that the employer has violated s. 8 of the *Charter* does not open the door to the arbitrator awarding a remedy for the s. 8 violation itself. A proper reading of the *Douglas College/Cuddy Chicks/Tétreault-Gadoury* trilogy indicates that the power to decide whether a collective agreement respects the *Charter*, or even, as in this case, that the behaviour of the parties to a collective agreement is a violation of the *Charter*, does not extend to the ability to grant a remedy for the violation of the *Charter* itself.

30 For the reasons explained above, I am of the view that the drafters of the *Charter*, in selecting the expression "court of competent jurisdiction", clearly did not intend to confer jurisdiction on tribunals to award *Charter* remedies. First, a labour arbitrator is not of the type of adjudicating body intended to be included in the term "court" used in s. 24(1) of the *Charter*. The conceptual differences between courts and tribunals, as well as an examination of the ordinary meaning of the word "court", militate against interpreting "court" as including a labour arbitrator. Second, even if one were to accept that an arbitrator is a "court", a labour arbitrator is not a court "of competent jurisdiction" within the meaning of s. 24(1).

31 I would dismiss the cross-appeal with costs.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin and Major JJ. was delivered by

qui convient pour accorder des réparations fondées sur la *Charte*.

3. Conclusion

En l'espèce, l'arbitre est tout à fait habilité à décider que les actions de l'employeur ont violé l'art. 8 de la *Charte*. Il peut décider sur ce fondement que lorsque la *Charte* a été violée, il s'agit d'une preuve qui peut aider le tribunal à conclure que la convention collective a également été violée. Toutefois, l'arbitre qui décide que l'employeur a violé l'art. 8 de la *Charte* ne peut, de ce fait, accorder une réparation pour cette violation même. Une juste interprétation de la trilogie *Douglas College/Cuddy Chicks/Tétreault-Gadoury* indique que le pouvoir de déterminer si une convention collective respecte la *Charte*, ou même, comme en l'espèce, si le comportement des parties à une convention collective enfreint la *Charte*, ne s'étend pas au pouvoir d'accorder une réparation pour la violation de la *Charte* même.

Pour les motifs exposés précédemment, je suis d'avis que, lorsqu'ils ont choisi l'expression «tribunal compétent», les rédacteurs de la *Charte* n'avaient manifestement pas l'intention de conférer à des tribunaux administratifs la compétence d'accorder des réparations fondées sur la *Charte*. D'une part, l'arbitre en relations du travail n'est pas le genre d'instance décisionnelle censée être visée par le terme «tribunal» utilisé au par. 24(1) de la *Charte*. Les différences conceptuelles entre les cours de justice et les tribunaux administratifs, de même qu'un examen du sens ordinaire du terme «tribunal», militent contre une interprétation de ce terme qui inclurait l'arbitre en relations du travail. D'autre part, même si l'on devait admettre qu'un arbitre est un «tribunal», l'arbitre en relations du travail n'est pas un tribunal «compétent» au sens du par. 24(1).

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident avec dépens.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin et Major rendu par

MCLACHLIN J. — When may parties who have agreed to settle their differences by arbitration under a collective agreement sue in tort? That is the issue raised by this appeal and its companion case, *New Brunswick v. O'Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967.

Mr. Weber was employed by Ontario Hydro. As a result of back problems, he took an extended leave of absence. Hydro paid him the sick benefits stipulated by the collective agreement. As time passed, Hydro began to suspect that Mr. Weber was malingering. It hired private investigators to investigate its concerns. The investigators came on Mr. Weber's property. Pretending they were someone else, they gained entry to his home. As a result of the information it obtained, Hydro suspended Mr. Weber for abusing his sick leave benefits.

Mr. Weber responded by taking the matter to his union, which filed grievances against Hydro on August 28, 1989. One of the grievances alleged that Hydro's hiring of the private investigators violated the terms of the collective agreement. Among other things, the union asked the arbitrator to require Hydro to give an undertaking to discontinue using private security firms to monitor health absences, and to pay Mr. Weber and his family damages for mental anguish and suffering arising out of the surveillance. The arbitration commenced on March 8, 1990, and was subsequently settled.

In the meantime, on December 27, 1989, Mr. Weber commenced a court action based on tort and breach of his *Charter* rights, claiming damages for the surveillance. The torts alleged were trespass, nuisance, deceit, and invasion of privacy. Weber's claims under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were for breaches of his rights under ss. 7 and 8. Hydro applied for an order dismissing Mr. Weber's court action. The motions judge dismissed it on the grounds that the dispute arose out of the collective agreement depriving the court of jurisdiction, and was moreover a private matter to

LE JUGE MCLACHLIN — Dans quels cas les parties qui ont convenu de résoudre leurs différends par voie d'arbitrage sous le régime d'une convention collective peuvent-elles intenter une action en responsabilité délictuelle? C'est la question que soulèvent le présent pourvoi et le pourvoi connexe *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967.

Monsieur Weber était un employé d'Ontario Hydro. Aux prises avec des maux de dos, il a dû prendre un long congé autorisé. Son employeur lui a versé les prestations d'assurance-maladie prévues par la convention collective. Avec le temps, Hydro s'est mise à soupçonner M. Weber de feindre son mal. Elle a donc embauché des détectives privés pour élucider l'affaire. Les détectives se sont rendus chez M. Weber et, en dissimulant leur identité, ils ont pu entrer chez lui. Sur la foi de l'information obtenue, Hydro a suspendu M. Weber pour avoir abusé de ses congés de maladie.

Monsieur Weber a porté l'affaire à la connaissance de son syndicat, qui a déposé des griefs contre Hydro le 28 août 1989. Selon l'un de ces griefs, l'embauche de détectives privés par Hydro violait les clauses de la convention collective. Le syndicat a notamment demandé à l'arbitre d'exiger d'Hydro qu'elle s'engage à ne plus avoir recours à des firmes de sécurité privées pour contrôler les absences motivées par la maladie et à verser à M. Weber et à sa famille des dommages-intérêts pour l'angoisse et les souffrances morales causées par la surveillance. La procédure d'arbitrage a été mise en marche le 8 mars 1990, et le différend a par la suite été réglé.

Entre-temps, soit le 27 décembre 1989, M. Weber a intenté une action en justice fondée sur la responsabilité délictuelle et sur la violation des droits que lui garantit la *Charte*, réclamant des dommages-intérêts pour la surveillance dont il avait fait l'objet. Il invoquait les délits d'intrusion, de nuisance, de dol et d'atteinte à sa vie privée. Quant à sa demande fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, M. Weber alléguait que les droits que lui garantissent les art. 7 et 8 avaient été violés. Hydro a demandé une ordonnance radiant l'action en justice de M. Weber. Le

32

33

34

35

which the *Charter* did not apply: (1991), 38 C.C.E.L. 126. The Court of Appeal agreed, except with respect to the *Charter* claims, which it allowed to stand: (1992), 11 O.R. (3d) 609, 98 D.L.R. (4th) 32, 60 O.A.C. 201, 12 C.R.R. (2d) 101, 45 C.C.E.L. 129, 13 C.C.L.T. (2d) 241, 93 C.C.L.C. ¶ 14,011. Mr. Weber appeals to this Court, asking that his action be reinstated in its entirety. Hydro cross-appeals the decision to allow the *Charter* claims to stand.

36 I agree with the Court of Appeal that the tort action cannot stand. I would go further, however, and hold that the action for *Charter* claims is also precluded by the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2, and the terms of the collective agreement.

Legislation

Labour Relations Act, R.S.O. 1990, c. L.2

45. — (1) Every collective agreement shall provide for the final and binding settlement by arbitration, without stoppage of work, of all differences between the parties arising from the interpretation, application, administration or alleged violation of the agreement, including any question as to whether a matter is arbitrable.

Summary of Issues

37 The crucial question we face is when employees and employers are precluded from suing each other in the courts by labour legislation providing for binding arbitration. It is common ground that s. 45(1) of the Ontario *Labour Relations Act* prevents the bringing of civil actions which are based solely on the collective agreement. This leaves the following issues:

juge des requêtes y a fait droit pour le motif que le litige découlait de l'application de la convention collective, déposédant le tribunal de sa compétence et, qu'en outre, il s'agissait d'une affaire de nature privée à laquelle la *Charte* ne s'appliquait pas: (1991), 38 C.C.E.L. 126. La Cour d'appel a souscrit à cette décision, sauf en ce qui concerne les demandes fondées sur la *Charte*, qu'elle a permis de se poursuivre: (1992), 11 O.R. (3d) 609, 98 D.L.R. (4th) 32, 60 O.A.C. 201, 12 C.R.R. (2d) 101, 45 C.C.E.L. 129, 13 C.C.L.T. (2d) 241, 93 C.C.L.C. ¶ 14, 011. Monsieur Weber se pourvoit devant notre Cour pour que son action soit rétablie intégralement. Par son pourvoi incident, Hydro conteste la décision permettant que les actions fondées sur la *Charte* subsistent.

J'estime, à l'instar de la Cour d'appel, que l'action en responsabilité délictuelle ne peut subsister. J'irai même plus loin en concluant que l'action fondée sur la *Charte* est également exclue par la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. L.2, et par les clauses de la convention collective.

Disposition législative

Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1990, ch. L.2

45 (1) Chaque convention collective contient une disposition sur le règlement, par voie de décision arbitrale définitive et sans interruption du travail, de tous les différends entre les parties que soulèvent l'interprétation, l'application, l'administration ou une prétendue inexécution de la convention collective, y compris la question de savoir s'il y a matière à arbitrage.

Résumé des questions en litige

La question primordiale dont nous sommes saisis est de savoir dans quels cas une loi sur les relations du travail qui prévoit une clause d'arbitrage exécutoire empêche les employeurs et employés d'intenter une action en justice les uns contre les autres. Il est admis que le par. 45(1) de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario interdit toute action civile fondée uniquement sur la convention collective. Se posent donc les questions suivantes:

1. To what extent does s. 45(1) oust the courts' jurisdiction:

- (a) generally;
- (b) over *Charter* claims?

2. Is the courts' jurisdiction ousted in this case?

Analysis

1. *When is the Courts' Jurisdiction over Civil Actions Ousted by s. 45(1) of the Labour Relations Act?*

(a) Generally

The cases reveal three different views on the effect of final and binding arbitration clauses in labour legislation. I shall deal with each in turn.

The Concurrent Model

The appellant Weber's first argument is that the claims in his action do not fall within s. 45(1) because they are based on the common law and the *Charter*, not on the collective agreement. This view of the law contemplates concurrent regimes of arbitration and court actions. Where an action is recognized by the common law or by statute, it may proceed, notwithstanding that it arises in the employment context. Although based on the same facts, the court proceedings are considered independent because the issues are different. This view finds its ultimate expression in the proposition that "no collective agreement can deprive a Court of its jurisdiction in tort": *Franck v. Kenebuc (Galt) Ltd.* (1985), 7 C.C.E.L. 85 (Ont. H.C.), at p. 90.

There are three difficulties with this view. The first is jurisprudential; the second the wording of the statute; and the third the practical effect of such a rule.

1. Dans quelle mesure le par. 45(1) dépossède-t-il les tribunaux de leur compétence:

- a) en général;
- b) à l'égard des demandes fondées sur la *Charte*?

2. Les tribunaux sont-ils dépossédés de leur compétence en l'espèce?

Analyse

1. *Dans quels cas le par. 45(1) de la Loi sur les relations de travail dépossède-t-il les tribunaux de leur compétence à l'égard d'actions civiles?*

a) En général

Dans la jurisprudence, on constate trois différents points de vue quant à l'effet des clauses d'arbitrage exécutoire prévues dans une loi sur les relations du travail. J'examinerai chacun d'eux.

Le modèle de la concomitance

L'appellant Weber soutient en premier lieu que les demandes qui forment son action ne relèvent pas du par. 45(1) parce qu'elles sont fondées sur la common law et sur la *Charte*, et non sur la convention collective. Cette conception du droit fait place à des régimes concomitants d'arbitrage et d'actions en justice. L'action reconnue en common law ou par la loi peut suivre son cours, peu importe qu'elle se pose dans le contexte des relations du travail. Bien qu'elles soient fondées sur les mêmes faits, les procédures judiciaires sont considérées comme indépendantes parce que les questions soulevées sont différentes. Cette position trouve son expression ultime dans la proposition portant qu'[TRADUCTION] «aucune convention collective ne peut déposséder un tribunal de sa compétence en matière délictuelle»: *Franck c. Kenebuc (Galt) Ltd.* (1985), 7 C.C.E.L. 85 (H.C. Ont.), à la p. 90.

Elle pose toutefois trois difficultés. La première découle de la jurisprudence, la deuxième, du libellé de la loi et la troisième, de l'effet d'une telle règle en pratique.

38

39

40

41

The jurisprudential difficulty arises from this Court's decision in *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704. As the Court of Appeal below noted, both the holding and the philosophy underlying *St. Anne Nackawic* support the proposition that mandatory arbitration clauses in labour statutes deprive the courts of concurrent jurisdiction. In *St. Anne Nackawic*, the employer, after obtaining an interim injunction against the striking union, sued the union in tort for damages caused by its illegal strike. The employer had argued that where the claim could be characterized as arising solely under the common law, and did not depend for its validity on the collective agreement, the mandatory arbitration clause of the legislation did not apply — the same argument which Weber makes on this appeal. The Court, *per Estey J.*, rejected that argument, concluding that to allow concurrent actions in the courts would be to undermine the purpose of the legislation (at pp. 718-19).

The collective agreement establishes the broad parameters of the relationship between the employer and his employees. This relationship is properly regulated through arbitration and it would, in general, subvert both the relationship and the statutory scheme under which it arises to hold that matters addressed and governed by the collective agreement may nevertheless be the subject of actions in the courts at common law. . . . The more modern approach is to consider that labour relations legislation provides a code governing all aspects of labour relations, and that it would offend the legislative scheme to permit the parties to a collective agreement, or the employees on whose behalf it was negotiated, to have recourse to the ordinary courts which are in the circumstances a duplicative forum to which the legislature has not assigned these tasks. [Emphasis added.]

Estey J. concluded at p. 721 that subject to a residual discretionary power in courts of inherent jurisdiction over matters such as injunctions, concurrent court proceedings were not available:

Sur le plan de la jurisprudence, la difficulté vient de la décision de notre Cour dans *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704. Ainsi que la Cour d'appel l'a signalé en l'espèce, tant la conclusion que la philosophie qui sous-tendent l'arrêt *St. Anne Nackawic* appuient la prétention portant que les clauses d'arbitrage obligatoire prévues dans les lois sur les relations du travail privent les tribunaux de compétence concomitante. Dans *St. Anne Nackawic*, après avoir obtenu une injonction provisoire contre le syndicat en grève, l'employeur a intenté contre ce dernier une poursuite en responsabilité délictuelle pour les dommages causés par la grève illégale. L'employeur avait fait valoir que, lorsqu'on peut dire de la demande qu'elle relève uniquement de la common law et qu'elle ne repose pas, pour sa validité, sur la convention collective, la clause d'arbitrage obligatoire de la loi ne s'applique pas — c'est ce qu'avance M. Weber dans le présent pourvoi. Le juge Estey, au nom de la Cour, a écarté cet argument avant de conclure, aux pp. 718 et 719, que permettre des actions concomitantes en justice aurait pour effet de miner l'objectif de la loi:

La convention collective établit les grands paramètres du rapport qui existe entre l'employeur et ses employés. Ce rapport est ajusté d'une manière appropriée par l'arbitrage et, en général, ce serait bouleverser et le rapport et le régime législatif dont il découle que de conclure que les questions visées et régies par la convention collective peuvent néanmoins faire l'objet d'actions devant les tribunaux en *common law*. [. . .] L'attitude plus moderne consiste à considérer que les lois en matière de relations de travail prévoient un code régissant tous les aspects des relations de travail et que l'on porterait atteinte à l'économie de la loi en permettant aux parties à une convention collective ou aux employés pour le compte desquels elle a été négociée, d'avoir recours aux tribunaux ordinaires qui sont dans les circonstances une juridiction faisant double emploi à laquelle la législature n'a pas attribué ces tâches. [Je souligne.]

Le juge Estey a ajouté, à la p. 721, que, sous réserve du pouvoir discrétionnaire résiduel des tribunaux de compétence inhérente concernant des questions comme les injonctions, les procédures intentées en justice de façon concomitante sont interdites:

What is left is an attitude of judicial deference to the arbitration process. . . . It is based on the idea that if the courts are available to the parties as an alternative forum, violence is done to a comprehensive statutory scheme designed to govern all aspects of the relationship of the parties in a labour relations setting. Arbitration . . . is an integral part of that scheme, and is clearly the forum preferred by the legislature for resolution of disputes arising under collective agreements. From the foregoing authorities, it might be said, therefore, that the law has so evolved that it is appropriate to hold that the grievance and arbitration procedures provided for by the Act and embodied by legislative prescription in the terms of a collective agreement provide the exclusive recourse open to parties to the collective agreement for its enforcement. [Emphasis added.]

The New Brunswick Court of Appeal in *St. Anne Nackawic* also rejected the concurrency approach (1982), 142 D.L.R. (3d) 678. La Forest J.A. (as he then was) wrote that simply framing the action in terms of the tort of conspiracy would not be sufficient to take the action outside the realm of the collective agreement.

Underlying both the Court of Appeal and Supreme Court of Canada decisions in *St. Anne Nackawic* is the insistence that the analysis of whether a matter falls within the exclusive arbitration clause must proceed on the basis of the facts surrounding the dispute between the parties, not on the basis of the legal issues which may be framed. The issue is not whether the action, defined legally, is independent of the collective agreement, but rather whether the dispute is one "arising under [the] collective agreement". Where the dispute, regardless of how it may be characterized legally, arises under the collective agreement, then the jurisdiction to resolve it lies exclusively with the labour tribunal and the courts cannot try it.

The appellant Weber suggests that *St. Anne Nackawic* went no further than to exclude concurrent actions based on the master-servant relationship, leaving open the possibility of actions in tort, contract or for *Charter* breach. It is true that Estey J. pointed out that the whole of master-servant law had been subsumed under the labour regime, leav-

Il en reste une attitude de respect de la part des juges envers la procédure d'arbitrage. [. . .] Ce respect est fondé sur l'idée que si les parties ont accès aux tribunaux comme autres juridictions, on porte atteinte à un régime législatif complet destiné à régir tous les aspects du rapport entre les parties dans le cadre des relations de travail. L'arbitrage [. . .] constitue une partie intégrante de ce régime et est clairement la juridiction que la législature préfère pour le règlement des litiges qui résultent des conventions collectives. D'après la jurisprudence citée, on pourrait donc dire que le droit a évolué de telle manière qu'il est juste de conclure que les griefs et les procédures d'arbitrage prévus par la Loi et consacrés par une prescription législative dans les termes d'une convention collective constituent le recours exclusif dont disposent les parties à une convention collective pour son application. [Je souligne.]

La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a elle aussi rejeté le modèle de la concomitance dans *St. Anne Nackawic* (1982), 142 D.L.R. (3d) 678. De l'avis du juge La Forest (maintenant juge de notre Cour), simplement invoquer le délit de coalition à l'appui de l'action ne permettrait pas de l'exclure du champ d'application de la convention collective.

Dans *St. Anne Nackawic*, la Cour d'appel et la Cour suprême du Canada ont toutes deux insisté pour que l'analyse de la question de savoir si une affaire relève de la clause d'arbitrage exclusif s'effectue non pas sur le fondement des questions juridiques qui peuvent être soulevées, mais sur le fondement des faits entourant le litige qui oppose les parties. Il ne s'agit pas de savoir si l'action, définie en termes juridiques, est indépendante de la convention collective, mais plutôt si le litige «résulte [de la] convention collective». Si, peu importe ce dont il peut être qualifié sur le plan juridique, le litige résulte de la convention collective, seul le tribunal du travail peut l'entendre, à l'exclusion des cours de justice.

Selon l'appellant Weber, l'arrêt *St. Anne Nackawic* a simplement proscrit les actions concomitantes fondées sur la relation employeur-employé, laissant la porte ouverte aux actions fondées sur la responsabilité délictuelle, la responsabilité contractuelle ou une violation de la *Charte*. Certes, le juge Estey a signalé que l'ensemble du droit en matière

42

43

44

ing no scope for a concurrent court action based on this branch of the common law. But this does not undercut the broader proposition that the policy of the legislation is against concurrency and that what matters is not the legal characterization of the claim, but whether the facts of the dispute fall within the ambit of the collective agreement.

45 This brings me to the second reason why the concurrency argument cannot succeed — the wording of the statute. Section 45(1) of the Ontario *Labour Relations Act*, like the provision under consideration in *St. Anne Nackawic*, refers to “all differences between the parties arising from the interpretation, application, administration or alleged violation of the agreement” (emphasis added). The Ontario statute makes arbitration the only available remedy for such differences. The word “differences” denotes the dispute between the parties, not the legal actions which one may be entitled to bring against the other. The object of the provision — and what is thus excluded from the courts — is all proceedings arising from the difference between the parties, however those proceedings may be framed. Where the dispute falls within the terms of the Act, there is no room for concurrent proceedings.

46 The final difficulty with the concurrent actions model is that it undercuts the purpose of the regime of exclusive arbitration which lies at the heart of all Canadian labour statutes. It is important that disputes be resolved quickly and economically, with a minimum of disruption to the parties and the economy. To permit concurrent court actions whenever it can be said that the cause of action stands independent of the collective agreement undermines this goal, as this Court noted in *St. Anne Nackawic*. More recently, this Court reaffirmed the policy considerations that drove the *St. Anne Nackawic* decision in *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of*

de relations employeur-employé avait été subsumé sous le régime des relations du travail, fermant ainsi la porte à l'action en justice concomitante fondée sur ce volet de la common law. Cela n'affaiblit toutefois en rien la proposition plus générale portant que le principe qui fonde la loi s'oppose à la concomitance et que ce n'est pas tant la qualification de la demande sur le plan juridique qui importe que de savoir si les faits entourant le litige sont visés par la convention collective.

Cela m'amène à la deuxième raison pour laquelle on ne peut faire droit à l'argument relatif à la concomitance: le libellé de la loi. Le paragraphe 45(1) de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, à l'instar de la disposition en cause dans *St. Anne Nackawic*, fait mention de «tous les différends entre les parties que soulèvent l'interprétation, l'application, l'administration ou une prétendue inexécution de la convention collective» (je souligne). La loi ontarienne fait donc de l'arbitrage le seul recours possible à l'égard de ces différends. Le mot «différends» indique le litige qui oppose les parties, mais pas les actions en justice qu'une partie peut avoir le droit d'intenter contre l'autre. Cette disposition vise — et donc exclut de la portée des tribunaux — toutes les procédures qui découlent du différend opposant les parties, quel que soit l'angle sous lequel ces procédures sont abordées. Le litige qui relève des dispositions de la Loi ferme la porte à toute procédure concomitante.

Enfin, le modèle des actions concomitantes a l'inconvénient de miner l'objectif du régime d'arbitrage exclusif qui est au cœur de toutes les lois canadiennes sur les relations du travail. Les litiges doivent être réglés rapidement et économiquement, avec un minimum de perturbations pour les parties et pour l'économie. Ainsi que notre Cour l'a indiqué dans *St. Anne Nackawic*, permettre les actions en justice concomitantes chaque fois que l'on peut dire que la cause d'action est indépendante de la convention collective a pour effet d'attaquer cet objectif. Plus récemment, notre Cour a confirmé de nouveau, dans *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, à la p. 1326, le juge

Canada, Local 50057, [1990] 1 S.C.R. 1298, at p. 1326, per L'Heureux-Dubé J.

The Model of Overlapping Jurisdiction

An alternative model may be described by the metaphor of overlapping spheres. On this approach, notwithstanding that the facts of the dispute arise out of the collective agreement, a court action may be brought if it raises issues which go beyond the traditional subject matter of labour law. Following this line of reasoning, the appellant contends that the issues of trespass, nuisance, deceit and the unreasonable interference with and invasion of privacy pleaded in his action go beyond the parameters of the collective agreement, and that consequently the court action should be permitted to proceed.

This approach was adopted by the Saskatchewan Court of Appeal in *Kim v. University of Regina* (1990), 74 D.L.R. (4th) 120, at p. 124, in ruling that an action which raised issues beyond those raised in the arbitration grievance could proceed. Cameron J.A., speaking for the court, stated:

... it will be seen that while the two proceedings overlap, especially as to matters of fact going to Dr. Kim's early retirement under the collective bargaining agreement and how that came about, the two are not co-extensive. The action raises issues quite beyond the capacity of the arbitration board to deal with. This is especially so in relation to the statutory cause of action founded on the *University of Regina Act*.

While more attractive than the full concurrency model, the overlapping spheres model also presents difficulties. In so far as it is based on characterizing a cause of action which lies outside the arbitrator's power or expertise, it violates the injunction of the Act and *St. Anne Nackawic* that one must look not to the legal characterization of the wrong, but to the facts giving rise to the dispute. It would also leave it open to innovative pleaders to evade the legislative prohibition on parallel court actions by raising new and imaginative causes of action, as remarked by La Forest

L'Heureux-Dubé, les considérations de principe qui ont fondé la décision dans *St. Anne Nackawic*.

Le modèle du chevauchement de compétence

On peut recourir à la métaphore des sphères qui se chevauchent pour décrire un autre modèle. Selon cette démarche, même si les faits du litige découlent de la convention collective, une action peut être intentée devant les tribunaux si elle soulève des questions qui débordent l'objet traditionnel du droit du travail. Suivant ce raisonnement, l'appelant fait valoir que les allégations d'intrusion, de nuisance, de dol et d'entrave et atteinte déraisonnables à la vie privée, formulées dans son action, dépassent les paramètres de la convention collective et que, partant, il devrait être autorisé à poursuivre l'action en justice.

C'est la position qu'a adoptée la Cour d'appel de la Saskatchewan dans *Kim c. University of Regina* (1990), 74 D.L.R. (4th) 120, à la p. 124, lorsqu'elle a décidé qu'une action soulevant des questions autres que celles soulevées dans l'arbitrage d'un grief pouvait suivre son cours. Le juge Cameron s'est exprimé ainsi au nom de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] . . . nous verrons que, bien qu'elles se chevauchent, particulièrement quant aux questions de faits qui touchent à la retraite anticipée du Dr Kim en application de la convention collective et à la façon dont cela s'est produit, les deux procédures ne se recoupent pas exactement. L'action soulève des questions qui excèdent nettement la capacité du conseil arbitral de les trancher. Cela est particulièrement vrai relativement à la cause d'action fondée sur la *University of Regina Act*.

S'il est plus séduisant que le modèle de la concitance parfaite, le modèle du chevauchement des sphères présente lui aussi des difficultés. Dans la mesure où il est fondé sur la qualification d'une cause d'action qui excède la compétence ou l'expertise de l'arbitre, il transgresse la prescription faite dans la Loi et dans l'arrêt *St. Anne Nackawic* selon laquelle il faut s'attacher non pas à la qualité juridique du tort, mais aux faits qui donnent naissance au litige. Il permettrait également aux plaignants innovateurs de se soustraire à l'interdiction législative touchant les actions en justice parallèles

47

48

49

J.A. in the Court of Appeal decision in *St. Anne Nackawic*, at pp. 694-95. This would undermine the legislative purposes underlying such provisions and the intention of the parties to the agreement. This approach, like the concurrency model, fails to meet the test of the statute, the jurisprudence and policy.

The Exclusive Jurisdiction Model

50 The final alternative is to accept that if the difference between the parties arises from the collective agreement, the claimant must proceed by arbitration and the courts have no power to entertain an action in respect of that dispute. There is no overlapping jurisdiction.

51 On this approach, the task of the judge or arbitrator determining the appropriate forum for the proceedings centres on whether the dispute or difference between the parties arises out of the collective agreement. Two elements must be considered: the dispute and the ambit of the collective agreement.

52 In considering the dispute, the decision-maker must attempt to define its "essential character", to use the phrase of La Forest J.A. in *Energy & Chemical Workers Union, Local 691 v. Irving Oil Ltd.* (1983), 148 D.L.R. (3d) 398 (N.B.C.A.). The fact that the parties are employer and employee may not be determinative. Similarly, the place of the conduct giving rise to the dispute may not be conclusive; matters arising from the collective agreement may occur off the workplace and conversely, not everything that happens on the workplace may arise from the collective agreement: *Energy & Chemical Workers Union, supra*, per La Forest J.A. Sometimes the time when the claim originated may be important, as in *Wainwright v. Vancouver Shipyards Co.* (1987), 38 D.L.R. (4th) 760 (B.C.C.A.), where it was held that the court had jurisdiction over contracts pre-dating the collective agreement. See also *Johnston v. Dresser Industries Canada Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 609 (C.A.). In the majority of cases the nature of the

en invoquant des causes d'action nouvelles et ingénieuses, comme l'a remarqué le juge La Forest dans la décision de la Cour d'appel dans *St. Anne Nackawic*, aux pp. 694 et 695. Les objectifs législatifs qui sous-tendent de telles dispositions et l'intention des parties à la convention s'en trouveraient minés. Cette thèse, tout comme le modèle de la concomitance, échoue au test de la loi, de la jurisprudence et de la pratique.

Le modèle de la compétence exclusive

La dernière solution consiste à reconnaître que, si le différend qui oppose les parties résulte de la convention collective, le demandeur doit avoir recours à l'arbitrage, et les tribunaux n'ont pas le pouvoir d'entendre une action relativement à ce litige. Il n'y a pas chevauchement des compétences.

Suivant ce modèle, la tâche qui consiste pour le juge ou l'arbitre à déterminer le tribunal approprié pour les procédures dépend de la question de savoir si le litige ou le différend qui oppose les parties résulte de la convention collective. Deux aspects doivent être considérés: le litige et le champ d'application de la convention collective.

Dans son examen du litige, l'instance décisionnelle doit tenter de définir l'[TRADUCTION] «essence», pour reprendre le terme du juge La Forest dans *Energy & Chemical Workers Union, Local 691 c. Irving Oil Ltd.* (1983), 148 D.L.R. (3d) 398 (C.A.N.-B.). Le fait que les parties en cause sont l'employeur et un employé peut ne pas être déterminant. De même, l'endroit où le comportement qui donne naissance au litige prend place peut ne pas être concluant; les événements qui découlent de la convention collective peuvent survenir à l'extérieur du lieu de travail, tout autant que tout ce qui survient sur le lieu de travail ne résulte pas nécessairement de la convention collective: *Energy & Chemical Workers Union*, précité, le juge La Forest. Il arrive parfois que le moment où la demande est faite revête de l'importance, comme ce fut le cas dans *Wainwright c. Vancouver Shipyards Co.* (1987), 38 D.L.R. (4th) 760 (C.A.C.-B.), où on a conclu que la cour était compétente à l'égard des contrats conclus avant l'adop-

dispute will be clear; either it had to do with the collective agreement or it did not. Some cases, however, may be less than obvious. The question in each case is whether the dispute, in its essential character, arises from the interpretation, application, administration or violation of the collective agreement.

Because the nature of the dispute and the ambit of the collective agreement will vary from case to case, it is impossible to categorize the classes of case that will fall within the exclusive jurisdiction of the arbitrator. However, a review of decisions over the past few years reveals the following claims among those over which the courts have been found to lack jurisdiction: wrongful dismissal; bad faith on the part of the union; conspiracy and constructive dismissal; and damage to reputation (*Bartello v. Canada Post Corp.* (1987), 46 D.L.R. (4th) 129 (Ont. H.C.); *Bourne v. Otis Elevator Co.* (1984), 45 O.R. (2d) 321 (H.C.); *Butt v. United Steelworkers of America* (1993), 106 Nfld. & P.E.I.R. 181 (Nfld. T.D.); *Forster v. Canadian Airlines International Ltd.* (1993), 3 C.C.E.L. (2d) 272 (B.C.S.C.); *Bell Canada v. Foisy* (1989), 26 C.C.E.L. 234 (Que. C.A.); *Ne-Nsoko Ndungidi v. Centre Hospitalier Douglas*, [1993] R.J.Q. 536).

This approach does not preclude all actions in the courts between employer and employee. Only disputes which expressly or inferentially arise out of the collective agreement are foreclosed to the courts: *Elliott v. De Havilland Aircraft Co. of Canada Ltd.* (1989), 32 O.A.C. 250 (Div. Ct.), at p. 258, per Osler J.; *Butt v. United Steelworkers of America*, *supra*; *Bourne v. Otis Elevator Co.*, *supra*, at p. 326. Additionally, the courts possess residual jurisdiction based on their special powers, as discussed by Estey J. in *St. Anne Nackawic*, *supra*.

Against this approach, the appellant Weber argues that jurisdiction over torts and *Charter* claims should not be conferred on arbitrators

tion de la convention collective. Voir également *Johnston c. Dresser Industries Canada Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 609 (C.A.). Dans la plupart des cas, la nature du litige sera évidente; celui-ci porte ou non sur la convention collective. Il arrive toutefois que ce soit moins clair. Il s'agit, dans chaque cas, de savoir si le litige, dans son essence, relève de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective.

Comme la nature du litige et le champ d'application de la convention collective varient d'un cas à l'autre, on ne peut établir une catégorie de cas qui relèveront de la compétence exclusive de l'arbitre. Toutefois, une revue des décisions rendues ces dernières années permet de constater que les demandes suivantes ont été classées parmi celles à l'égard desquelles les tribunaux n'avaient pas compétence: congédiement injustifié, mauvaise foi de la part du syndicat, coalition et congédiement déguisé, et préjudice à la réputation (*Bartello c. Canada Post Corp.* (1987), 46 D.L.R. (4th) 129 (H.C. Ont.); *Bourne c. Otis Elevator Co.* (1984), 45 O.R. (2d) 321 (H.C.); *Butt c. United Steelworkers of America* (1993), 106 Nfld. & P.E.I.R. 181 (1^{re} inst. T.-N.); *Forster c. Canadian Airlines International Ltd.* (1993), 3 C.C.E.L. (2d) 272 (C.S.C.-B.); *Bell Canada c. Foisy* (1989), 26 C.C.E.L. 234 (C.A. Qué.); *Ne-Nsoko Ndungidi c. Centre Hospitalier Douglas*, [1993] R.J.Q. 536).

Ce modèle ne ferme pas la porte à toutes les actions en justice mettant en cause l'employeur et l'employé. Seuls les litiges qui résultent expressément ou implicitement de la convention collective échappent aux tribunaux: *Elliott c. De Havilland Aircraft Co. of Canada Ltd.* (1989), 32 O.A.C. 250 (C. div.), à la p. 258, le juge Osler; *Butt c. United Steelworkers of America*, précité; *Bourne c. Otis Elevator Co.*, précité, à la p. 326. En outre, les tribunaux possèdent une compétence résiduelle fondée sur leurs pouvoirs particuliers, ainsi que l'a confirmé le juge Estey dans *St. Anne Nackawic*, précité.

À l'encontre de cette position, l'appellant Weber soutient que les arbitres ne devraient pas avoir compétence à l'égard des demandes fondées sur la

53

54

55

because they lack expertise on the legal questions such claims raise. The answer to this concern is that arbitrators are subject to judicial review. Within the parameters of that review, their errors may be corrected by the courts. The procedural inconvenience of an occasional application for judicial review is outweighed by the advantages of having a single tribunal deciding all issues arising from the dispute in the first instance. This does not mean that the arbitrator will consider separate "cases" of tort, contract or *Charter*. Rather, in dealing with the dispute under the collective agreement and fashioning an appropriate remedy, the arbitrator will have regard to whether the breach of the collective agreement also constitutes a breach of a common law duty, or of the *Charter*.

responsabilité délictuelle et sur la *Charte* puisqu'ils n'ont pas l'expertise nécessaire pour trancher les questions juridiques que de telles demandes soulèvent. On peut affirmer en réponse à cette difficulté que les arbitres sont assujettis au contrôle judiciaire. Dans les paramètres de ce contrôle, les cours de justice peuvent corriger leurs erreurs. L'inconvénient sur le plan procédural d'une demande occasionnelle en contrôle judiciaire est compensé par l'avantage que procure le fait qu'un seul tribunal administratif tranche en première instance toutes les questions résultant du litige. Cela ne signifie pas que l'arbitre se penchera sur des «cas» distincts de responsabilité délictuelle, de responsabilité contractuelle ou de violation de la *Charte*. En abordant le litige sous le régime de la convention collective et en élaborant une réparation appropriée, l'arbitre considèrera plutôt si le manquement à la convention collective constitue également une violation d'une obligation prévue en common law ou une violation de la *Charte*.

56 The appellant Weber also argues that arbitrators may lack the legal power to consider the issues before them. This concern is answered by the power and duty of arbitrators to apply the law of the land to the disputes before them. To this end, arbitrators may refer to both the common law and statutes: *St. Anne Nackawic*; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517. As Denning L.J. put it, "[t]here is not one law for arbitrators and another for the court, but one law for all": *David Taylor & Son, Ltd. v. Barnett*, [1953] 1 All E.R. 843 (C.A.), at p. 847. This also applies to the *Charter*: *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, at p. 597.

L'appellant Weber soutient également que les arbitres peuvent ne pas avoir le pouvoir légal d'examiner les questions portées à leur connaissance. On peut écarter cet argument par le fait que les arbitres ont à la fois le pouvoir et l'obligation d'appliquer le droit du pays aux litiges dont ils sont saisis. À cette fin, ils peuvent invoquer tant la common law que les lois: *St. Anne Nackawic*; *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517. Comme le dit le lord juge Denning, [TRADUCTION] «[i]l n'y a pas un droit pour les arbitres et un droit pour les tribunaux, il y a un droit pour tous»: *David Taylor & Son, Ltd. c. Barnett*, [1953] 1 All E.R. 843 (C.A.), à la p. 847. Cela vaut également pour la *Charte*: *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, à la p. 597.

57 It might occur that a remedy is required which the arbitrator is not empowered to grant. In such a case, the courts of inherent jurisdiction in each province may take jurisdiction. This Court in *St. Anne Nackawic* confirmed that the New Brunswick Act did not oust the residual inherent jurisdiction of the superior courts to grant injunctions in labour matters (at p. 724). Similarly, the Court of Appeal

Il se peut que l'arbitre n'ait pas le pouvoir d'accorder la réparation requise. Le cas échéant, les tribunaux de compétence inhérente de chaque province peuvent alors assumer cette compétence. Notre Cour a confirmé dans *St. Anne Nackawic* que la loi du Nouveau-Brunswick ne déposédait pas les cours supérieures de leur compétence inhérente résiduelle d'accorder des injonctions en

of British Columbia in *Moore v. British Columbia* (1988), 50 D.L.R. (4th) 29, at p. 38, accepted that the court's residual jurisdiction to grant a declaration was not ousted by the British Columbia labour legislation, although it declined to exercise that jurisdiction on the ground that the powers of the arbitrator were sufficient to remedy the wrong and that deference was owed to the labour tribunal. What must be avoided, to use the language of Estey J. in *St. Anne Nackawic* (at p. 723), is a "real deprivation of ultimate remedy".

To summarize, the exclusive jurisdiction model gives full credit to the language of s. 45(1) of the *Labour Relations Act*. It accords with this Court's approach in *St. Anne Nackawic*. It satisfies the concern that the dispute resolution process which the various labour statutes of this country have established should not be duplicated and undermined by concurrent actions. It conforms to a pattern of growing judicial deference for the arbitration and grievance process and correlative restrictions on the rights of parties to proceed with parallel or overlapping litigation in the courts: see *Ontario (Attorney-General) v. Bowie* (1993), 110 D.L.R. (4th) 444 (Ont. Div. Ct.), per O'Brien J.

(b) The Charter Claims

The appellant Weber submits that the arbitrator cannot deal with his *Charter* claims. The Court of Appeal shared his concern, voicing uncertainty about whether *Charter* claims raise unique policy considerations which are best left to the superior courts of inherent jurisdiction.

In so far as this argument turns on policy considerations, it is answered by the comments of the majority of this Court in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, *supra*. That case, like this, involved a grievance before a labour arbitrator. In that case, as in this, *Charter* issues were raised. It was argued, *inter alia*, that a

matière de relations du travail (à la p. 724). De même, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans *Moore c. British Columbia* (1988), 50 D.L.R. (4th) 29, à la p. 38, a reconnu que sa compétence résiduelle de rendre un jugement déclaratoire n'était pas écartée par les lois de la Colombie-Britannique sur les relations du travail, bien qu'elle ait refusé d'exercer cette compétence pour le motif que les pouvoirs de l'arbitre permettaient de remédier au tort et qu'il fallait faire preuve de retenue à l'endroit du tribunal du travail. Il faut donc éviter, pour reprendre les termes du juge Estey dans *St. Anne Nackawic* (à la p. 723), la «privation réelle du recours ultime».

En résumé, le modèle de la compétence exclusive est tout à fait conforme au libellé du par. 45(1) de la *Loi sur les relations de travail* et il concorde avec la position adoptée par notre Cour dans *St. Anne Nackawic*. En outre, il exauce le souhait que la procédure de règlement de litige établie par les diverses lois sur les relations du travail au pays ne soit pas doublée ou minée par des actions concomitantes. Il obéit à une tendance de plus en plus forte à faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de la procédure d'arbitrage et de grief et à reconnaître des restrictions corrélatives aux droits des parties d'intenter des actions en justice qui sont parallèles ou se chevauchent: voir *Ontario (Attorney-General) c. Bowie* (1993), 110 D.L.R. (4th) 444 (C. div. Ont.), le juge O'Brien.

b) Les demandes fondées sur la Charte

L'appelant Weber fait valoir que l'arbitre ne peut examiner ses demandes fondées sur la *Charte*. La Cour d'appel a partagé son avis et s'est demandé si les demandes fondées sur la *Charte* ne soulevaient pas des considérations de principe uniques, qu'il vaudrait mieux soumettre aux cours supérieures de compétence inhérente.

Dans la mesure où cet argument participe de considérations de principe, on peut lui opposer les commentaires que notre Cour à la majorité a formulés dans *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, précité. Dans cette affaire, comme en l'espèce, un grief avait été soumis à un arbitre. Là aussi des questions relatives à la *Charte*

58

59

60

labour arbitration was not the appropriate place to argue *Charter* issues. After a thorough review of the advantages and disadvantages of having such issues decided before labour tribunals, La Forest J. concluded that while the informal processes of such tribunals might not be entirely suited to dealing with constitutional issues, clear advantages to the practice exist. Citizens are permitted to assert their *Charter* rights in a prompt, inexpensive, informal way. The parties are not required to duplicate submissions on the case in two different fora, for determination of two different legal issues. A specialized tribunal can quickly sift the facts and compile a record for the reviewing court. And the specialized competence of the tribunal may provide assistance to the reviewing court. *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College* also answers the concern of the Court of Appeal below that the *Charter* takes the issue out of the labour context and puts it in the state context. While the *Charter* issue may raise broad policy concerns, it is nonetheless a component of the labour dispute, and hence within the jurisdiction of the labour arbitrator. The existence of broad policy concerns with respect to a given issue cannot preclude the labour arbitrator from deciding all facets of the labour dispute.

étaient soulevées. On a notamment soutenu qu'il ne convenait pas de débattre des questions relatives à la *Charte* dans le cadre de l'arbitrage. Au terme d'une analyse approfondie des avantages et des inconvénients qu'entraîne le fait de soumettre ces questions aux tribunaux du travail, le juge La Forest a conclu que, si la procédure informelle de ces tribunaux peut ne pas convenir tout à fait aux questions constitutionnelles, elle offre toutefois de nets avantages. Ainsi, les citoyens sont autorisés à faire valoir les droits qui leur sont garantis par la *Charte* de façon rapide, peu coûteuse et informelle. Les parties ne sont pas obligées de présenter deux requêtes à deux juridictions différentes pour que soient tranchées deux questions juridiques distinctes. Un tribunal spécialisé peut rapidement passer les faits au crible et dresser un dossier pour le tribunal d'appel. Et l'expertise du tribunal peut être utile au tribunal d'appel. L'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College* repousse également le doute exprimé par la Cour d'appel en l'espèce, suivant lequel la *Charte* retire l'affaire du contexte des relations du travail et met l'État en cause. La question relative à la *Charte* peut soulever des préoccupations de principe globales, mais elle n'en est pas moins un élément du conflit de travail et, partant, elle relève de la compétence de l'arbitre. L'existence de préoccupations de principe globales concernant une question donnée ne peut empêcher l'arbitre de résoudre tous les aspects du conflit de travail.

61 This brings us to the question of whether a labour arbitrator in this case has the power to grant *Charter* remedies. The remedies claimed are damages and a declaration. The power and duty of arbitrators to apply the law extends to the *Charter*, an essential part of the law of Canada: *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, *supra*; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Re Ontario Council of Regents for Colleges of Applied Arts & Technology and Ontario Public Service Employees Union* (1986), 24 L.A.C. (3d) 144. In applying the law of the land to the disputes before them, be it the common law, statute law or the *Charter*, arbitrators may grant such remedies as the Legislature or Parliament has empowered them to grant in the

Cela nous amène à la question de savoir si, en l'espèce, l'arbitre a le pouvoir d'accorder des réparations fondées sur la *Charte*. L'appelant demande des dommages-intérêts et un jugement déclaratoire. Le pouvoir et l'obligation des arbitres d'appliquer le droit s'étendent à la *Charte*, en tant qu'élément essentiel du droit canadien: *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, précité; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Re Ontario Council of Regents for Colleges of Applied Arts & Technology and Ontario Public Service Employees Union* (1986), 24 L.A.C. (3d) 144. Dans l'application du droit du pays aux litiges qui lui sont soumis, que ce soit la common law, le droit d'origine législative ou la *Charte*, l'arbitre

circumstances. For example, a labour arbitrator can consider the *Charter*, find laws inoperative for conflict with it, and go on to grant remedies in the exercise of his powers under the *Labour Code: Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College, supra*. If an arbitrator can find a law violative of the *Charter*, it would seem he or she can determine whether conduct in the administration of the collective agreement violates the *Charter* and likewise grant remedies.

This leaves the question of whether a labour arbitrator appointed under the Act can grant damages for *Charter* breach (assuming that damages are an appropriate remedy for *Charter* breach). It is argued that the remedy of damages finds its source in s. 24(1) of the *Charter*, and can only be granted by a court of competent jurisdiction under that section, which provides that persons whose *Charter* rights have been infringed or denied "may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances".

Assuming for the purposes of argument that the remedy of damages can only be claimed under s. 24(1), the test set out by the majority of this Court in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, determines whether arbitrators are courts of competent jurisdiction for that purpose. The issue in *Mills* was which criminal tribunals were courts of competent jurisdiction. The majority, *per* McIntyre J., rejected the view that s. 24(1) created a special class of court which alone could grant *Charter* remedies (at p. 953): "The *Charter* has made no attempt to fix or limit the jurisdiction to hear such applications. It merely gives a right to apply in a court which has jurisdiction." The task in determining whether a tribunal is a court of competent jurisdiction is to "fit the application into the existing jurisdictional scheme of the courts in an effort to provide a direct remedy". A tribunal will be a court of competent jurisdiction, McIntyre J.

peut accorder les réparations que la législature ou le Parlement l'a habilité à accorder dans les circonstances. Ainsi, un arbitre peut considérer la *Charte*, conclure que sont inopérantes les lois qui n'y sont pas conformes, puis accorder des réparations dans l'exercice des pouvoirs que lui confère le *Code du travail: Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, précité. Si un arbitre peut conclure qu'une loi porte atteinte à la *Charte*, il semble qu'il puisse déterminer si un comportement dans l'administration de la convention collective viole la *Charte* et également accorder des réparations.

Se pose alors la question de savoir si l'arbitre désigné en application de la Loi peut accorder des dommages-intérêts pour une violation de la *Charte* (en supposant qu'il convient d'accorder des dommages-intérêts dans un tel cas). On soutient que la réparation que sont les dommages-intérêts tire sa source du par. 24(1) de la *Charte* et ne peut être accordée que par un tribunal compétent conformément à cette disposition, laquelle prévoit que toute personne, victime de violation ou de négation des droits qui lui sont garantis par la *Charte* «peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances».

Si on tient pour acquis, aux fins de la discussion, qu'on ne peut demander des dommages-intérêts que sous le régime du par. 24(1), le critère énoncé par notre Cour à la majorité dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, permet de déterminer si les arbitres sont des tribunaux compétents à cette fin. Dans cet arrêt, la Cour était appelée à décider quelles cours criminelles sont des tribunaux compétents. Le juge McIntyre, qui s'exprimait au nom de la majorité, a rejeté l'argument portant que le par. 24(1) crée une catégorie spéciale de tribunaux qui, seuls, peuvent accorder des réparations en vertu de la *Charte* (à la p. 953): «La *Charte* ne fait aucune tentative de fixer ou de circonscrire la compétence pour entendre de telles demandes. Elle ne fait qu'accorder un droit de s'adresser à un tribunal compétent.» La tâche de déterminer si un tribunal est compétent consiste à «insérer la demande dans le régime existant de compétence des tribunaux

62

63

concluded, if its constituent legislation gives it power over the parties, the issue in litigation and power to grant the remedy which is sought under the *Charter*.

64 Applying this test to the criminal courts, McIntyre J. concluded that a preliminary hearing magistrate is not a court of competent jurisdiction. The *Criminal Code* gives such magistrates “no jurisdiction to acquit or convict, nor to impose a penalty, nor to give a remedy” (p. 954). By contrast, summary conviction courts are courts of competent jurisdiction “where they have jurisdiction conferred by statute over the offences and persons and power to make the orders sought” (p. 955). Within their statutory powers they may fashion such remedies as the *Charter* breach may require, except for prerogative writs, traditionally the province of the superior courts. The superior courts are, of course, courts of competent jurisdiction.

65 It is thus Parliament or the Legislature that determines if a court is a court of competent jurisdiction; as McIntyre J. puts it, the jurisdiction of the various courts of Canada is fixed by Parliament and the Legislatures, not by judges. Nor is there magic in labels; it is not the name of the tribunal that determines the matter, but its powers. (It may be noted that the French version of s. 24(1) uses “tribunal” rather than “cour”.) The practical import of fitting *Charter* remedies into the existing system of tribunals, as McIntyre J. notes, is that litigants have “direct” access to *Charter* remedies in the tribunal charged with deciding their case.

66 It follows from *Mills* that statutory tribunals created by Parliament or the Legislatures may be courts of competent jurisdiction to grant *Charter* remedies, provided they have jurisdiction over the

afin d’essayer de fournir une réparation directe». Un tribunal sera compétent, a conclu le juge McIntyre, si sa loi habilitante lui confère le pouvoir à l’égard des parties et de la question en litige et celui d’accorder la réparation demandée en application de la *Charte*.

Appliquant ce critère aux cours criminelles, le juge McIntyre a conclu que les magistrats à l’enquête préliminaire ne sont pas un tribunal compétent. Le *Code criminel* ne confère pas à ces magistrats «compétence pour prononcer l’acquittement ou pour déclarer coupable, ni pour imposer une peine, ni encore pour accorder une réparation» (p. 954). Par contre, les cours de poursuites sommaires constitueront des tribunaux compétents «chaque fois que la loi leur confère compétence à l’égard des infractions et des personnes en question et les autorise à rendre les ordonnances demandées» (p. 955). Dans les limites des pouvoirs que leur confère la loi, ils peuvent accorder les réparations que la violation de la *Charte* commande, à l’exception de brefs de prérogative, lesquels relèvent traditionnellement de la compétence des cours supérieures, qui, évidemment, sont des tribunaux compétents.

C’est donc le Parlement ou la législature qui détermine si un tribunal est compétent; ainsi que l’a affirmé le juge McIntyre, la compétence des divers tribunaux canadiens est fixée par les législatures et par le Parlement et non par les juges. Ni d’ailleurs n’y a-t-il quoi que ce soit de magique dans le titre du tribunal; ce n’est pas le nom qu’il porte qui tranche la question, mais bien les pouvoirs qu’il possède. (Le texte français du par. 24(1), on l’aura noté, utilise «tribunal» et non «cour»). En pratique, le fait d’insérer les réparations fondées sur la *Charte* dans le système existant de tribunaux administratifs, ainsi que le juge McIntyre l’a souligné, a pour effet d’accorder aux plaideurs un accès «direct» aux réparations prévues par la *Charte* auprès du tribunal chargé de résoudre leur cas.

Il découle de l’arrêt *Mills* que les tribunaux d’origine législative créés par le Parlement ou les législatures peuvent être compétents pour accorder des réparations fondées sur la *Charte*, pour autant

parties and the subject matter of the dispute and are empowered to make the orders sought.

Summary of the Law

I conclude that mandatory arbitration clauses such as s. 45(1) of the Ontario *Labour Relations Act* generally confer exclusive jurisdiction on labour tribunals to deal with all disputes between the parties arising from the collective agreement. The question in each case is whether the dispute, viewed with an eye to its essential character, arises from the collective agreement. This extends to *Charter* remedies, provided that the legislation empowers the arbitrator to hear the dispute and grant the remedies claimed. The exclusive jurisdiction of the arbitrator is subject to the residual discretionary power of courts of inherent jurisdiction to grant remedies not possessed by the statutory tribunal. Against this background, I turn to the facts in the case at bar.

Application of the Law to the Dispute in this Case

On the interpretation outlined above, the question is whether the conduct giving rise to the dispute between the parties arises either expressly or inferentially out of the collective agreement between them.

The appellant contends that the dispute in this case falls outside the collective agreement. The act of hiring private investigators who used deception to enter his family home and report on him does not, he contends, relate to the interpretation, application or administration of the collective agreement. It is not in its essential character a labour matter; it is rather a matter of the common law and the constitutional rights of himself and his family. It follows, he submits, that the arbitrator does not have jurisdiction over the claims and that the courts may entertain them.

Hydro, on the other hand, argues that the essential character of the dispute places it firmly within

qu'ils ont compétence à l'égard des parties et de l'objet du litige et qu'ils sont habilités à rendre les ordonnances demandées.

Résumé du droit

Je suis d'avis que les clauses d'arbitrage obligatoire comme le par. 45(1) de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario confèrent en général une compétence exclusive aux tribunaux du travail pour entendre tous les litiges qui résultent de la convention collective. Dans chaque cas, il s'agit de déterminer si le litige, considéré dans son essence, résulte de la convention collective. Cela vaut pour les réparations fondées sur la *Charte*, pour autant que la loi habilite l'arbitre à entendre le litige et à accorder les réparations demandées. La compétence exclusive de l'arbitre est assujettie au pouvoir discrétionnaire résiduel des tribunaux de compétence inhérente d'accorder des réparations que le tribunal de création législative ne peut accorder. À partir de ces considérations générales, j'examinerai maintenant les faits de la présente affaire.

Application du droit au litige en l'espèce

Suivant l'interprétation exposée précédemment, la question est de savoir si le comportement qui donne naissance au litige opposant les parties découle expressément ou implicitement de la convention collective qui les unit.

L'appellant fait valoir que le litige en l'espèce déborde le cadre de la convention collective. L'embauche de détectives privés qui ont eu recours à la tromperie pour entrer dans sa résidence familiale et établir un rapport à son sujet ne porte pas, soutient-il, sur l'interprétation, l'application ou l'administration de la convention collective. Cette embauche ne soulève pas, dans son essence, une question de relations du travail; elle relève plutôt de la common law et des droits constitutionnels dont l'appellant et sa famille jouissent. Partant, fait-il valoir, l'arbitre n'est pas compétent à l'égard des demandes et les tribunaux peuvent les juger.

Hydro, pour sa part, soutient que, par son essence, le litige entre pleinement dans les limites

67

68

69

70

the scope of the collective agreement. It points out that the conduct complained of arose in response to a claim for sick benefits provided for in the collective agreement, and argues that the manner in which the employer monitors entitlement to those benefits is part of the administration of the agreement.

71 Isolated from the collective agreement, the conduct complained of in this case might well be argued to fall outside the normal scope of employer-employee relations. However, placed in the context of that agreement, the picture changes. The provisions of the agreement are broad, and expressly purport to regulate the conduct at the heart of this dispute.

72 Article 2.2 of the collective agreement extends the grievance procedure to “[a]ny allegation that an employee has been subjected to unfair treatment or any dispute arising out of the content of this Agreement. . .”. The dispute in this case arose out of the content of the Agreement. Item 13.0 of Part A of the Agreement provides that the “benefits of the Ontario Hydro Sick Leave Plan . . . shall be considered as part of this Agreement”. It further provides that the provisions of the plan “are not an automatic right of an employee and the administration of this plan and all decisions regarding the appropriateness or degree of its application shall be vested solely in Ontario Hydro”. This language brings the medical plan and Hydro’s decisions concerning it expressly within the purview of the collective agreement. Under the plan, Hydro had the right to decide what benefits the employee would receive, subject to the employee’s right to grieve the decision. In the course of making such a decision, Hydro is alleged to have acted improperly. That allegation would appear to fall within the phrase “unfair treatment or any dispute arising out of the content of [the] Agreement” within Article 2.2.

73 I conclude that the wide language of Article 2.2 of the Agreement, combined with item 13.0, covers the conduct alleged against Hydro. Hydro’s

de la convention collective. Elle souligne que le comportement reproché faisait suite à une demande de prestations de maladie prévue par la convention collective et soutient que la façon dont l’employeur surveille le droit à ces prestations relève de l’administration de la convention.

Si ce n’était de la convention collective, on pourrait fort bien soutenir que le comportement contesté en l’espèce ne relève pas du cadre normal des relations employeur-employé. Toutefois, si l’on insère ce comportement dans le contexte de la convention en question, il en va autrement. Les dispositions de la convention sont générales et visent explicitement à régir le comportement qui se situe au cœur du litige.

L’article 2.2 de la convention collective étend la procédure de grief à [TRADUCTION] «[t]oute allégation portant qu’un employé a subi un traitement injuste ou tout litige résultant du contenu de la présente convention. . . ». Le litige en l’espèce a résulté du contenu de la convention. L’article 13.0 de la partie A de la convention prévoit que les [TRADUCTION] «prestations versées en application du régime d’assurance-maladie d’Ontario Hydro [. . .] sont réputées faire partie de la présente convention». Il prévoit en outre que les dispositions du régime [TRADUCTION] «ne confèrent pas un droit automatique à l’employé, et l’administration du régime et toutes les décisions relatives à la justesse ou à l’ampleur de son application appartiennent exclusivement à Ontario Hydro». Ce libellé a pour effet que le régime de soins de santé et les décisions d’Hydro à son égard sont expressément dans les limites de la convention collective. En vertu du régime, Hydro avait le droit de décider quelles prestations l’employé recevrait, sous réserve du droit de ce dernier de déposer un grief à l’égard de la décision. On allègue que, pour prendre sa décision, Hydro a agi incorrectement. Cette allégation paraît être visée par l’expression [TRADUCTION] «traitement injuste ou tout litige résultant du contenu de [la] convention» qui figure à l’article 2.2.

Je conclus que le libellé général de l’article 2.2 de la convention, conjugué à l’article 13.0, couvre le comportement que l’on reproche à Hydro. Les

alleged actions were directly related to a process which is expressly subject to the grievance procedure. While aspects of the alleged conduct may arguably have extended beyond what the parties contemplated, this does not alter the essential character of the conduct. In short, the difference between the parties relates to the "administration . . . of the agreement" within s. 45(1) of the *Labour Relations Act*.

The case at bar may be compared with *Gendron*, *supra*. In that case, the fact that the collective agreement imposed a duty of fair representation on the union was held by this Court to oust recourse to the courts for unfair representation. In this case, the fact that the collective agreement covers all unfair treatment regarding matters within its ambit may similarly be said to oust recourse to the courts for complaints of unfair treatment, which is the essence of the appellant's statement of claim. The arbitrator has exclusive jurisdiction to consider the dispute between the parties, provided that the dispute falls under the collective agreement under the test enunciated above. That the facts may be capable of being characterized as a tort or a constitutional breach may be taken into account by the tribunal, which must apply the law as it stands. Having heard the claim, the tribunal awards such relief as it may properly do, having regard to the powers which the Legislature has conferred upon it.

The final question is whether the arbitrator has power to decide the *Charter* claims. The arbitrator has jurisdiction over the parties and the dispute. The arbitrator is further empowered by the Act to award the *Charter* remedies claimed — damages and a declaration (see *Imbleau v. Laskin*, [1962] S.C.R. 338; *Re Halton Board of Education and Ontario Secondary School Teachers' Federation, District 9* (1978), 17 L.A.C. (2d) 279 (Swan)). On the test propounded in *Mills*, he is empowered to consider the *Charter* questions and grant the appropriate remedies.

actions qu'on lui impute portaient directement sur une pratique expressément assujettie à la procédure de grief. Certains aspects du comportement allégué peuvent peut-être s'être étendus au-delà de ce que les parties avaient envisagé, mais l'essence de la conduite ne s'en trouve pas modifiée. Bref, le différend qui oppose les parties porte sur l'«administration [. . .] de la convention collective» au sens du par. 45(1) de la *Loi sur les relations de travail*.

On peut établir une comparaison entre la présente affaire et l'affaire *Gendron*, précitée. Dans cette dernière, notre Cour a jugé que, du fait que la convention collective imposait au syndicat un devoir de juste représentation, le recours aux tribunaux pour représentation injuste était exclu. En l'espèce, on peut également dire que, comme elle couvre tout traitement injuste relativement à des situations qui relèvent de sa portée, la convention collective élimine tout recours aux tribunaux pour les plaintes de traitement injuste, ce qui constitue l'essence même de la déclaration de l'appelant. L'arbitre a compétence exclusive pour considérer le litige opposant les parties, pour autant que ce litige relève de la convention collective en application du critère énoncé précédemment. Que l'on puisse rattacher les faits à la responsabilité délictuelle ou à une violation constitutionnelle peut être pris en considération par le tribunal administratif, qui doit appliquer le droit en vigueur. Après avoir entendu la demande, le tribunal administratif accorde la réparation qu'il est fondé à accorder, compte tenu des pouvoirs que la législature lui a conférés.

Reste à savoir si l'arbitre a le pouvoir de trancher les demandes fondées sur la *Charte*. Il est compétent à l'égard des parties et du litige. En outre, il est habilité par la Loi à accorder les réparations fondées sur la *Charte* qui sont demandées — des dommages-intérêts et un jugement déclaratoire (voir *Imbleau c. Laskin*, [1962] R.C.S. 338; *Re Halton Board of Education and Ontario Secondary School Teachers' Federation, District 9* (1978), 17 L.A.C. (2d) 279 (Swan)). Suivant le critère énoncé dans l'arrêt *Mills*, il est autorisé à examiner les questions relatives à la *Charte* et à accorder les réparations qui conviennent.

76 It follows from these conclusions that the arbitrator in the case at bar has exclusive jurisdiction over all aspects of the dispute. The Court of Appeal correctly struck out the action in tort. It should also, with respect, have struck out the *Charter* claims. In view of the foregoing conclusions, it is unnecessary to consider whether Ontario Hydro is bound by the *Charter*.

Conclusion

77 I would dismiss the appeal and allow the cross-appeal, with costs to Ontario Hydro, both here and below.

Appeal dismissed and cross-appeal allowed with costs, LA FOREST, SOPINKA and IACOBUCCI JJ. dissenting on the cross-appeal.

Solicitors for the appellant: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto.

Solicitor for the respondent: Joan M. Prior, Toronto.

Il découle de ces conclusions qu'en l'espèce l'arbitre a compétence exclusive à l'égard de tous les aspects du litige. La Cour d'appel a, à juste titre, annulé l'action en responsabilité délictuelle. Avec égards, elle aurait dû également annuler les demandes fondées sur la *Charte*. Compte tenu des conclusions qui précèdent, il est inutile de déterminer si Ontario Hydro est liée par la *Charte*.

Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi, d'accueillir le pourvoi incident et d'accorder les dépens à Ontario Hydro dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli avec dépens, les juges LA FOREST, SOPINKA et IACOBUCCI sont dissidents quant au pourvoi incident.

Procureurs de l'appellant: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto.

Procureur de l'intimée: Joan M. Prior, Toronto.

Lawrence O'Leary *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of New Brunswick *Respondent*

INDEXED AS: NEW BRUNSWICK v. O'LEARY

File No.: 23928.

1994: December 6; 1995: June 29.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Labour law — Labour relations — Courts — Jurisdiction — Employee allegedly driving employer's leased vehicle with flat tire — Employer bringing action against employee for cost of repairs — Whether courts lacking jurisdiction to entertain claim in view of arbitrator's exclusive jurisdiction over disputes arising out of collective agreement — Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, s. 92(1).

The appellant was employed by the New Brunswick government in a job that required him to travel throughout the province. The employer alleges that he drove its leased vehicle with a flat tire, and brought an action against him for the cost of the necessary repairs. The appellant took the position that the courts lacked jurisdiction to entertain the claim because it arose out of the collective agreement and was governed by s. 92(1) of the *Public Service Labour Relations Act*, which inserts in the collective agreement a provision providing for final and binding arbitration where "a difference arises between the parties relating to the interpretation, application or administration of" the collective agreement. His motion to strike out the employer's statement of claim was dismissed on the ground that the claim for negligence did not fall under the collective agreement and was not a grievance subject to arbitration. The Court of Appeal upheld the decision.

Held: The appeal should be allowed.

Lawrence O'Leary *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick *Intimée*

RÉPERTORIÉ: NOUVEAU-BRUNSWICK c. O'LEARY

N° du greffe: 23928.

1994: 6 décembre; 1995: 29 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit du travail — Relations du travail — Tribunaux — Compétence — Allégation qu'un employé aurait conduit un véhicule loué par l'employeur alors qu'un pneu était crevé — Action intentée par l'employeur contre l'employé pour le coût des réparations — Les tribunaux sont-ils privés de la compétence pour connaître de la demande étant donné la compétence exclusive de l'arbitre dans le cas de litiges relevant d'une convention collective? — Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, art. 92(1).

L'appelant, un employé du gouvernement du Nouveau-Brunswick, était appelé dans son travail à voyager dans toute la province. L'employeur, qui allègue qu'il a conduit son véhicule loué alors que celui-ci avait un pneu crevé, a intenté une action contre l'appelant pour le coût des réparations nécessaires. Ce dernier a fait valoir que les tribunaux n'étaient pas compétents pour connaître de la demande puisque celle-ci relève de la convention collective et est régie par le par. 92(1) de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, qui insère dans la convention collective une disposition qui confère à l'arbitre la compétence de rendre une décision définitive lorsqu'«un désaccord survient entre les parties relativement à l'interprétation, l'application ou l'administration» de la convention collective. Sa requête visant à faire radier la déclaration de l'employeur a été rejetée pour le motif que l'action pour négligence ne relevait pas de la convention collective et ne constituait pas un grief sujet à arbitrage. La Cour d'appel a maintenu la décision.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

As set out in *Weber v. Ontario Hydro*, released concurrently, the courts lack jurisdiction to entertain a dispute between the parties which arises out of the collective agreement, subject to a residual discretionary jurisdiction in courts of inherent jurisdiction to grant relief not available under the statutory arbitration scheme. Whether a matter arises out of the collective agreement is to be determined having regard to the essential character of the dispute and the provisions of the agreement. The dispute between the parties in this case, viewed in its essential character, arises from the collective agreement. While the agreement does not expressly refer to employee negligence in the course of work, such negligence impliedly falls under it. The agreement acknowledges the employee's obligations to ensure the safety and dependability of the employer's property and equipment, and by inference confers correlative rights on the employer to claim for breaches of these obligations. It also requires the employer to exercise its rights in accordance with the agreement, by implication invoking the comprehensive arbitration scheme established by the Act and acknowledged by the agreement as the exclusive avenue of recourse. Since the wrong which the employer alleges is a wrong arising from the collective agreement, it follows that the discipline it engenders also arises from the agreement. Moreover, the agreement contemplates employer redress by arbitration. While Article 15 refers only to employee grievances, this does not negate the broader language of s. 92(1) of the Act, which covers both parties.

Cases Cited

Applied: *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929.

Statutes and Regulations Cited

Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, s. 92(1) [rep. & sub. 1990, c. 30, s. 30].

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1993), 141 N.B.R. (2d) 157, 361 A.P.R. 157, affirming a decision of the Court of Queen's Bench (1993), 135 N.B.R. (2d) 394, 344 A.P.R. 394, dismissing the appellant's

Ainsi qu'il est indiqué dans l'arrêt *Weber c. Ontario Hydro*, rendu simultanément, les tribunaux ne sont pas compétents pour connaître d'un litige qui découle de la convention collective, sous réserve du pouvoir discrétionnaire résiduel qu'ont les tribunaux de compétence inhérente d'accorder une réparation que la procédure d'arbitrage d'origine législative ne prévoit pas. Pour déterminer si une affaire découle ou non de la convention collective, il faut prendre en considération l'essence du litige et des dispositions de la convention collective. Considéré dans son essence, le litige opposant les parties en l'espèce résulte de la convention collective. Bien que la négligence dont un employé pourrait faire preuve dans le cadre de son travail ne soit pas mentionnée explicitement dans la convention, cette négligence en relève implicitement. La convention collective reconnaît l'obligation de l'employé de garantir la sécurité et la fiabilité des biens et de l'équipement de l'employeur. On peut en inférer qu'elle confère à l'employeur le droit corrélatif d'intenter une action pour manquement à cette obligation. Elle impose également à l'employeur l'obligation d'exercer ses droits en conformité avec la convention collective; implicitement, il doit avoir recours à la procédure d'arbitrage exhaustive établie par la Loi et que la convention collective reconnaît comme étant l'unique recours possible. Puisque le tort allégué par l'employeur découle de la convention collective, il s'ensuit que la mesure disciplinaire qu'il engendre relève également de la convention. Celle-ci prévoit par ailleurs que l'employeur peut obtenir réparation par voie d'arbitrage. Bien que l'article 15 traite uniquement des griefs déposés par les employés, cela n'invalide pas le libellé plus général du par. 92(1) de la Loi, qui vise les deux parties.

Jurisprudence

Arrêt mentionné: *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929.

Lois et règlements cités

Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, art. 92(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 30, art. 30].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1993), 141 R.N.-B. (2^e) 157, 361 A.P.R. 157, qui a confirmé la décision de la Cour du Banc de la Reine (1993), 135 R.N.-B. (2^e) 394, 344 A.P.R. 394, qui avait rejeté la requête de

motion to strike out the respondent's claim in negligence. Appeal allowed.

Robert D. Breen and Joël Michaud, for the appellant.

Michael D. Gorman and Richard C. Speight, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J. — The appellant O'Leary was employed by the Province of New Brunswick as a traffic counter operator. His work required him to travel throughout the province. The Province alleges that O'Leary drove its leased vehicle with a flat tire, necessitating repairs amounting to \$2,815.54. The Province brought an action against O'Leary for this amount. O'Leary took the position that the courts lacked jurisdiction to entertain the claim because it arose out of the collective agreement and was governed by the arbitration provisions of the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25, which provides that an adjudicator appointed under the Act has exclusive jurisdiction to make final and binding decisions with respect to all differences which arise relating to the alleged violation of, or the interpretation, application or administration of the collective agreement.

A motion to strike out the employer's statement of claim was dismissed on the ground that the claim for negligence did not fall under the collective agreement and was not a grievance subject to arbitration: (1993), 135 N.B.R. (2d) 394, 344 A.P.R. 394. The Court of Appeal upheld the decision on the same grounds: (1993), 141 N.B.R. (2d) 157, 361 A.P.R. 157.

In the companion case of *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, I discuss the applicable law. I conclude that the courts lack jurisdiction to entertain a dispute between the parties which arises out of the collective agreement, subject to a residual discretionary jurisdiction in courts of inherent jurisdiction to grant relief not available

l'appelant visant à faire radier l'action pour négligence intentée par l'intimée. Pourvoi accueilli.

Robert D. Breen et Joël Michaud, pour l'appelant.

Michael D. Gorman et Richard C. Speight, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — L'appelant O'Leary, opérateur de compteur de trafic pour la province du Nouveau-Brunswick, était appelé à voyager dans toute la province. La province allègue qu'il a conduit son véhicule loué alors que celui-ci avait un pneu crevé, ce qui a nécessité des réparations de 2 815,54 \$. La province a intenté une action pour cette somme contre O'Leary. Ce dernier a fait valoir que les tribunaux n'étaient pas compétents pour connaître de la demande puisque celle-ci relève de la convention collective et est régie par les dispositions sur l'arbitrage prévues dans la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25. Cette loi confère à l'arbitre nommé en vertu de ses dispositions la compétence exclusive de rendre une décision définitive liant les parties à l'égard de tous les désaccords que soulèvent l'interprétation, l'application, l'administration ou une prétendue inexécution de la convention collective.

Une requête visant à faire radier la déclaration de l'employeur a été rejetée pour le motif que l'action pour négligence ne relevait pas de la convention collective et ne constituait pas un grief sujet à arbitrage: (1993), 135 R.N.-B. (2^e) 394, 344 A.P.R. 394. La Cour d'appel a maintenu la décision pour les mêmes motifs: (1993), 141 R.N.-B. (2^e) 157, 361 A.P.R. 157.

Dans l'arrêt connexe *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, j'analyse le droit pertinent. J'y conclus que les tribunaux ne sont pas compétents pour connaître d'un litige qui découle de la convention collective, sous réserve du pouvoir discrétionnaire résiduel qu'ont les tribunaux de compétence inhérente d'accorder une réparation que la

1

2

3

under the statutory arbitration scheme. Whether a matter arises out of the collective agreement is to be determined having regard to the essential character of the dispute and the provisions of the collective agreement.

4 It follows from this that the Court of Appeal erred in stating without qualification that “[n]egligence can be the subject of an action independent of the collective agreement” (p. 160). In fact, negligence can be the subject of an action only if the dispute does not arise from the collective agreement.

5 The remaining question is whether the dispute between the parties in this case, viewed in its essential character, arises from the collective agreement. In my view, it does.

6 The Province’s principal argument is that the collective agreement does not expressly deal with employee negligence to employer property and its consequences. However, as noted in *Weber*, a dispute will be held to arise out of the collective agreement if it falls under the agreement either expressly or inferentially. Here the agreement does not expressly refer to employee negligence in the course of work. However, such negligence impliedly falls under the collective agreement. Again, it must be underscored that it is the essential character of the difference between the parties, not the legal framework in which the dispute is cast, which will be determinative of the appropriate forum for settlement of the issue.

7 Article 24.04 of the collective agreement acknowledges the employee’s obligations to ensure the safety and dependability of the employer’s property and equipment. By inference it confers correlative rights on the employer to claim for breaches of these obligations. While Article 24 falls under the general heading “Safety and Health”, the rationale behind the obligation does not detract from the existence of that obligation to maintain the employer’s property. The essence of the dispute concerns the preservation of the employer’s property and equipment. Framing the

procédure d’arbitrage d’origine législative ne prévoit pas. Pour déterminer si une affaire découle ou non de la convention collective, il faut prendre en considération l’essence du litige et des dispositions de la convention collective.

Ainsi, la Cour d’appel a commis une erreur en déclarant sans réserve qu’[TRADUCTION] «[i] peut y avoir poursuite en négligence indépendamment de la convention collective» (p. 160). En fait, la négligence ne peut fonder une action que si le litige ne résulte pas de la convention collective.

Reste à savoir si, considéré dans son essence, le litige opposant les parties en l’espèce résulte de la convention collective. À mon avis, c’est le cas.

La province fait principalement valoir que la convention collective n’envisage pas expressément la négligence de l’employé à l’égard des biens de l’employeur et ses conséquences. Toutefois, comme je l’ai noté dans *Weber*, on dira d’un litige qu’il résulte de la convention collective s’il relève de celle-ci soit expressément, soit implicitement. En l’espèce, la convention ne mentionne pas explicitement la négligence dont un employé pourrait faire preuve dans le cadre de son travail. Cette négligence relève néanmoins implicitement de la convention collective. Encore une fois, il faut comprendre que c’est l’essence du différend entre les parties et non le cadre juridique dans lequel le litige est posé qui déterminera le tribunal qui convient pour régler l’affaire.

L’article 24.04 de la convention collective impose à l’employé l’obligation de garantir la sécurité et la fiabilité des biens et de l’équipement de l’employeur. On peut en inférer qu’il confère à l’employeur le droit corrélatif d’intenter une action pour manquement à cette obligation. Bien que l’article 24 figure sous l’intertitre général «Santé et sécurité», la raison d’être de l’obligation ne porte pas atteinte à l’existence de cette obligation d’entretenir les biens de l’employeur. Le litige concerne essentiellement la protection des biens et de l’équipement de l’employeur. Invoquer la négli-

dispute in terms of negligence does nothing to remove it from the contemplation of Article 24. Article 5.03 requires the employer to exercise its rights consistently with the terms of the collective agreement, by implication invoking the comprehensive arbitration scheme established by the Act and acknowledged by the collective agreement as the exclusive avenue of recourse. It follows from these provisions that the dispute arises from the collective agreement and that the only means of redress is the statutory arbitration process.

The Province's second argument is that the collective agreement does not deal with the employer's right to discipline an employee. Discipline remains the prerogative of the employer. Once imposed, it is submitted, the employee may grieve it under the collective agreement, but prior to this, the collective agreement is not involved. The argument is that the employer's action is a form of discipline, and hence not parallel to or duplicative of the collective agreement.

This argument too is met by the fact that the collective agreement imposes an obligation on employees with respect to the employer's property and requires the employer to exercise its rights in accordance with the collective agreement. The wrong which the employer alleges is a wrong arising from the collective agreement; it follows that the discipline it engenders also arises from the agreement. Moreover, the agreement contemplates employer redress by arbitration. Section 92(1) of the *Public Service Labour Relations Act* inserts in the collective agreement a provision providing for final and binding arbitration "[w]here a difference arises between the parties relating to the . . . application or administration of this agreement", a phrase encompassing redress for a breach of the agreement by either party. The fact that the employer may impose discipline in some cases without going to arbitration does not detract from the requirement of the Act and the agreement that disputes must be resolved by arbitration. The employer also relies on the fact that Article 15 of

gence à l'appui du litige n'a pas pour effet de retirer celui-ci de la portée de l'article 24. Aux termes de l'article 5.03, l'employeur doit exercer ses droits en conformité avec les modalités de la convention collective; implicitement donc, il doit avoir recours à la procédure d'arbitrage exhaustive établie par la Loi, que la convention collective reconnaît comme étant l'unique recours possible. Il résulte de ces dispositions que le litige découle de la convention collective et que le seul moyen d'obtenir réparation est la procédure d'arbitrage établie dans la Loi.

La province fait en outre valoir que la convention collective ne traite pas du droit de l'employeur de prendre une mesure disciplinaire contre un employé. La discipline demeure la prérogative de l'employeur. Une fois qu'elle est imposée, soutient-on, l'employé peut déposer un grief en application de la convention collective mais, jusqu'alors, la convention collective n'est pas en cause. Suivant la thèse de la province, l'action de l'employeur est une forme de mesure disciplinaire et n'est donc pas parallèle à la convention collective ni ne fait-elle double emploi.

Cet argument est lui aussi réfuté par le fait que la convention collective impose une obligation à l'employé relativement aux biens de l'employeur et contraint ce dernier à exercer ses droits conformément à ses dispositions. Le tort allégué par l'employeur découle de la convention collective; partant, la mesure disciplinaire qu'il engendre relève également de la convention. Celle-ci prévoit par ailleurs que l'employeur peut obtenir réparation par voie d'arbitrage. Le paragraphe 92(1) de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics* inscrit dans la convention collective une disposition prévoyant que la décision arbitrale est définitive et obligatoire «[l]orsqu'un désaccord survient entre les parties relativement à [. . .] l'application ou l'administration de la présente convention», ce qui comprend une réparation pour manquement à la convention par l'une ou l'autre partie. Le fait que l'employeur puisse imposer une mesure disciplinaire dans certains cas sans avoir recours à l'arbitrage n'élimine en rien l'obligation, prévue par la Loi et la convention, de résoudre les

8

9

the collective agreement refers only to employee grievances. However, this does not negate the broader language of s. 92(1) of the Act which covers both parties. By implication, the employer must be able to grieve under the collective agreement.

litiges par voie d'arbitrage. L'employeur invoque également le fait que l'article 15 de la convention collective traite uniquement des griefs déposés par les employés. Cela n'invalide cependant pas le libellé plus général du par. 92(1) de la Loi, qui vise les deux parties. Implicitement, l'employeur doit pouvoir être en mesure de déposer un grief sous le régime de la convention collective.

10 It was not suggested that the arbitrator could not award a financial penalty against an employee for breach of his obligation with respect to the employer's property. Nor, in my view, can it make a difference that the property damaged in this case was owned by a third party and leased by the Province. The employee's obligation toward the property entrusted to him for the purposes of his work cannot vary with whether the employer owns it, leases it, or possesses it under some other arrangement.

On n'a pas prétendu que l'arbitre ne pouvait pas imposer une peine pécuniaire à l'employé pour manquement à son obligation à l'égard des biens de l'employeur. En outre, il importe peu, à mon avis, que les biens endommagés en l'espèce aient été loués par la province auprès d'un tiers. L'obligation à laquelle l'employé était tenu à l'égard des biens qui lui avaient été confiés dans le cadre de son travail ne peut varier selon que l'employeur en est le propriétaire, le locataire ou le possesseur en vertu d'une entente donnée.

11 I would allow the appeal and strike out the statement of claim, with costs to O'Leary throughout.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de radier la déclaration et d'accorder les dépens à O'Leary dans toutes les cours.

Appeal allowed with costs.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Solicitors for the appellant: Pink • Breen • Larkin, Fredericton.

Procureurs de l'appelant: Pink • Breen • Larkin, Fredericton.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Lawrence Hibbert *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HIBBERT

File No.: 23815.

1995: January 30; 1995: July 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Duress — Parties to offences — Attempted murder — Charge to jury — Accused testifying that principal offender would have killed him if he had refused to cooperate — Trial judge instructing jury that mens rea for parties to offence could be negated by duress and that common law defence of duress was unavailable if safe avenue of escape was open to accused — Whether trial judge properly instructed jury on law of duress.

Criminal law — Parties to offences — Mens rea — Duress — Whether duress negates mens rea for parties to offence under ss. 21(1)(b) and 21(2) of Criminal Code — Meaning of “purpose” in s. 21(1)(b) and of “intention in common” in s. 21(2) — Whether interpretation of s. 21(2)’s mental element adopted in Paquette correct — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 21(1)(b), 21(2).

Criminal law — Defences — Duress — Safe avenue of escape — Whether availability of common law defence of duress limited by “safe avenue of escape” rule — If so, whether existence of safe avenue of escape to be determined objectively or subjectively.

C, a close friend of the accused, was shot by B, a drug dealer. At the time of the incident, B was accompanied by the accused. C survived the shooting and, as a party to the offence, the accused was charged with attempted murder. At trial, the accused testified that on the night of the shooting he had accidentally run into B, who indi-

Lawrence Hibbert *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. HIBBERT

N° du greffe: 23815.

1995: 30 janvier; 1995: 20 juillet.

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

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

Droit criminel — Contrainte — Participants à des infractions — Tentative de meurtre — Exposé au jury — Témoignage de l'accusé suivant lequel l'auteur principal de l'infraction l'aurait tué s'il avait refusé de collaborer — Directives du juge du procès au jury voulant que la contrainte puisse annuler la mens rea des participants à une infraction et que l'accusé ne puisse invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte si un moyen de s'en sortir sans danger s'offrait à lui — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives appropriées sur le droit en matière de contrainte?

Droit criminel — Participants à des infractions — Mens rea — Contrainte — La contrainte annule-t-elle la mens rea des participants à une infraction au sens des art. 21(1)(b) et 21(2) du Code criminel? — Sens du mot «purpose» à l'art. 21(1)(b) et de l'expression «intention commune» à l'art. 21(2) — L'interprétation que donne l'arrêt Paquette de l'élément moral visé à l'art. 21(2) est-elle exacte? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21(1)(b), 21(2).

Droit criminel — Moyens de défense — Contrainte — Moyen de s'en sortir sans danger — La possibilité d'invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte est-elle restreinte par la règle du «moyen de s'en sortir sans danger»? — Dans l'affirmative, l'existence d'un moyen de s'en sortir sans danger doit-elle être déterminée objectivement ou subjectivement?

C, un ami intime de l'accusé, a été abattu par B, un trafiquant de drogue. Au moment de l'incident, B était accompagné de l'accusé. C a survécu à la fusillade et l'accusé a été inculpé de tentative de meurtre, à titre de participant à l'infraction. Au procès, l'accusé a témoigné que, le soir de la fusillade, il était tombé sur B

cated to him that he was armed with a handgun and ordered the accused to take him to C's apartment. When the accused refused, B punched him in the face several times. The accused stated that he feared for his life and believed that B would shoot him if he did not cooperate with him. B drove the accused to a telephone booth where the accused, following B's orders, called C to ask him to meet him in the lobby of C's apartment building in twenty minutes. Shortly thereafter, the accused called C from the intercom outside the lobby and asked him to "come down". Before leaving his apartment C unlocked the building front door. B and the accused went into the lobby and, when C arrived, he was grabbed by B. After some discussion, B pushed C away and shot him. The accused stated that he had repeatedly pleaded with B not to shoot C. C, however, testified that during the incident the accused said nothing and made no effort to intervene. After the shooting, B drove the accused away from the scene of the shooting. According to the accused's testimony, B then threatened to kill him if he went to the police. The next morning the accused turned himself in. Under cross-examination, he declared that he believed that he had had no opportunity to run away or warn C without being shot. In his charge, the trial judge told the jury that "if [the accused] joined in the common plot to shoot [C], under threats of death or grievous bodily harm, that would negative his having a common intention with [B] to shoot [C], and you must find [the accused] not guilty". He added that "the accused [could] not rely on [the common law defence of duress] if a safe avenue of escape exist[ed], which . . . is a matter for you to find when you consider the evidence". The accused was acquitted of the charge of attempted murder, but was convicted of the included offence of aggravated assault. The Court of Appeal upheld the conviction.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

The fact that a person who commits a criminal act does so as a result of threats of death or bodily harm can, in some instances, be relevant to the question of whether he possessed the *mens rea* necessary to commit an offence. Whether or not this is so will depend, among other things, on the structure of the particular offence in question — that is, on whether or not the mental state specified by Parliament in its definition of the offence is such that the presence of coercion can, as a matter of logic, have a bearing on the existence of *mens rea*. If the offence is one where the presence of duress is of poten-

qui lui a indiqué qu'il était armé et lui a ordonné de le conduire à l'appartement de C. Quand l'accusé a refusé de le faire, B lui a asséné plusieurs coups de poing au visage. L'accusé a témoigné qu'il craignait pour sa vie et qu'il croyait que B allait l'abattre s'il ne collaborait pas avec lui. B a conduit l'accusé à une cabine téléphonique où, sur son ordre, l'accusé a appelé C pour lui demander de le rencontrer vingt minutes plus tard, dans le vestibule de l'immeuble où il habitait. Peu après, l'accusé s'est servi de l'interphone, à l'extérieur du vestibule, pour appeler C et lui demander de «descendre». Avant de quitter son appartement, C a déverrouillé la porte principale de l'immeuble. B et l'accusé sont entrés dans le vestibule et quand C est arrivé, B l'a agrippé. Après un bref entretien, B a poussé C et l'a abattu. L'accusé a témoigné qu'il avait supplié B, à maintes reprises, de ne pas abattre C. Cependant, C a témoigné que l'accusé n'avait rien dit pendant l'incident et n'avait pas tenté d'intervenir. Après la fusillade, B a conduit l'accusé hors des lieux de l'incident. Selon le témoignage de l'accusé, B l'a alors menacé de le tuer s'il le dénonçait à la police. Le lendemain matin, l'accusé s'est livré à la police. Lors du contre-interrogatoire, il a déclaré qu'il croyait n'avoir eu aucune chance de s'enfuir ou d'avertir C sans risquer d'être abattu. Dans son exposé, le juge du procès a dit au jury que «si [l'accusé] a participé au complot commun d'abattre [C] en raison de menaces de mort ou de lésions corporelles graves, il n'a pu y avoir entre lui et [B] d'intention commune d'abattre [C], et vous devez déclarer [l'accusé] non coupable». Il a ajouté que «l'accusé ne [pouvait pas] invoquer [le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte] si un moyen de s'en sortir sans danger s'offrait à lui, ce qui [. . .] est une question qu'il vous appartient de trancher en étudiant la preuve». L'accusé a été acquitté relativement à l'accusation de tentative de meurtre, mais déclaré coupable de l'infraction incluse de voies de fait graves. La Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès ordonné.

Le fait qu'une personne qui accomplit un acte criminel agisse par suite de menaces de mort ou de lésions corporelles peut, dans certains cas, être pertinent quant à savoir si elle avait la *mens rea* requise pour commettre une infraction. Que ce soit le cas ou non dépendra, notamment, de la structure de l'infraction en cause — à savoir si l'état d'esprit envisagé par le législateur dans sa définition de l'infraction est tel que l'existence de contrainte peut, logiquement, avoir une incidence sur l'existence de la *mens rea*. S'il s'agit d'une infraction où l'existence de contrainte peut être pertinente quant à

tial relevance to the existence of *mens rea*, the accused is entitled to point to the presence of threats when arguing that the Crown has not proven beyond a reasonable doubt that he possessed the mental state required for liability.

A person who commits a criminal act under threats of death or bodily harm may also be able to invoke an excuse-based defence (either the statutory defence set out in s. 17 of the *Criminal Code* or the common law defence of duress, depending on whether the accused is charged as a principal or as a party). This is so regardless of whether or not the offence at issue is one where the presence of coercion also has a bearing on the existence of *mens rea*.

The mental states specified in ss. 21(1)(b) and 21(2) of the *Code* are not susceptible to being "negated" by duress. This conclusion is based on an interpretation of the particular terms of the two provisions. Section 21(1)(b), which imposes criminal liability as a party on anyone who "does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit" an offence, does not require that the accused actively view the commission of the offence he is aiding as desirable in and of itself. Parliament's use of the term "purpose" in s. 21(1)(b) is essentially synonymous with "intention" and does not incorporate the notion of "desire" into the mental state for party liability. This interpretation, which best reflects the legislative intent underlying s. 21(1)(b), is in accord with the common law principles governing party liability, and avoids the absurdity that would flow from the equation of "purpose" with "desire". As well, under s. 21(2), which provides that "persons [who] form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein" are liable for criminal offences committed by the principal that are foreseeable and probable consequences of "carrying out the common purpose", the accused's subjective view as to the desirability of the commission of the offence is not relevant. The expression "intention in common" in s. 21(2) means only that the party and the principal must have in mind the same unlawful purpose. The expression does not connote a mutuality of motives and desires between them. A person would thus fall within the ambit of s. 21(2) if he intended to assist in the commission of the same offence envisioned by the principal, regardless of the fact that their intention might be due solely to the principal's threats. The comments in *Paquette* on the relation between duress and *mens rea* in the context of s. 21(2) can therefore no longer be considered the law in Canada. While it is not open to persons charged under ss. 21(1)(b) and 21(2) to argue that

l'existence de la *mens rea*, l'accusé a le droit de signaler l'existence de menaces lorsqu'il allègue que le ministère public n'a pas prouvé hors de tout doute raisonnable qu'il avait l'état d'esprit nécessaire pour être responsable.

Une personne qui accomplit un acte criminel sous l'effet de menaces de mort ou de lésions corporelles peut aussi être capable d'invoquer un moyen de défense fondé sur une excuse (soit le moyen de défense exposé à l'art. 17 du *Code criminel*, soit celui de common law fondé sur la contrainte, selon que l'accusé est inculpé comme auteur principal ou comme participant). Il en est ainsi peu importe qu'il s'agisse ou non d'une infraction où l'existence de contrainte a une incidence sur l'existence de la *mens rea*.

Les états d'esprit envisagés à l'al. 21(1)(b) et au par. 21(2) du *Code* ne sont pas susceptibles d'«annulation» par la contrainte. Cette conclusion est fondée sur une interprétation du libellé particulier des deux dispositions. L'alinéa 21(1)(b), selon lequel est criminellement responsable, à titre de participant à une infraction, quiconque «accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre», n'exige pas que l'accusé ait activement considéré comme souhaitable en soi la perpétration de l'infraction qu'il a aidé à commettre. Le terme «*purpose*» que le législateur emploie à l'al. 21(1)(b) est essentiellement synonyme d'«intention» et n'incorpore pas la notion de «désir» dans l'état d'esprit requis pour que la responsabilité du participant soit engagée. Cette interprétation, qui traduit le mieux l'intention que le législateur avait en rédigeant l'al. 21(1)(b), est conforme aux principes de common law en matière de responsabilité des participants et évite l'absurdité qui découlerait de l'interprétation selon laquelle le mot «*purpose*» s'entend d'un «désir». De même, en vertu du par. 21(2) qui prévoit que les «personnes [qui] forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider» sont coupables des infractions criminelles perpétrées par l'auteur principal, qui sont une conséquence prévisible et probable de la réalisation de leur «intention commune», le point de vue subjectif de l'accusé n'est pas pertinent relativement au caractère souhaitable de la perpétration de l'infraction. L'expression «intention commune», au par. 21(2), signifie seulement que le participant et l'auteur principal poursuivent la même fin illégale. Cette expression ne connote pas l'existence de mobiles et de désirs mutuels chez eux. Une personne serait ainsi visée par le par. 21(2) si son intention était d'aider à commettre la même infraction que l'auteur principal prévoyait commettre, peu importe qu'elle ait pu avoir cette intention seulement à cause des menaces proférées par ce dernier. Les

because their acts were coerced by threats they lacked the requisite *mens rea*, such persons may seek to have their conduct excused through the operation of the common law defence of duress.

An accused person cannot rely on the common law defence of duress if he had an opportunity to extricate himself safely from the situation of duress. The rationale for the "safe avenue of escape" rule is simply that, in such circumstances, the condition of "normative involuntariness" that provides the theoretical basis for the defences of both duress and necessity is absent. Indeed, if the accused had the chance to take action that would have allowed him to avoid committing an offence, it cannot be said that he had no real choice when deciding whether or not to break the law. Furthermore, the internal logic of the excuse-based defence, which has theoretical underpinnings directly analogous to those that support the defence of necessity, suggests that the question of whether or not a safe avenue of escape existed is to be determined according to an objective standard. When considering the perceptions of a "reasonable person", however, the personal circumstances of the accused are relevant and important, and should be taken into account.

The trial judge's charge to the jury contained several errors. First, the reference to the relevant mental state in this case as being a "common intention" to carry out an unlawful purpose was incorrect, since what was at issue here was s. 21(1)(b), as opposed to s. 21(2). Second, the trial judge's instruction that the *mens rea* for party liability under s. 21(1)(b) could be "negated" by duress was also incorrect. Thirdly, and most importantly, the jury was not told that even if the accused possessed the requisite *mens rea* his conduct could be excused by operation of the common law defence of duress, if the jurors were of the view that the necessary conditions for this defence's application were present. Since it cannot be said that the errors in the charge relating to the nature of the defence of duress necessarily had no effect on the verdict, a new trial should be ordered. It should be noted, however, that the trial judge did not err in instructing the jury that the accused could not rely on the defence of duress if the Crown established that he had failed to avail himself of a safe avenue of escape. Furthermore, while the trial judge should have

observations, dans l'arrêt *Paquette*, sur le lien entre la contrainte et la *mens rea* dans le contexte du par. 21(2) ne peuvent donc plus être considérées comme traduisant l'état du droit au Canada. Même si les personnes accusées en vertu de l'al. 21(1)b) et du par. 21(2) ne peuvent pas soutenir que, parce qu'elles ont agi sous la menace, elles n'avaient pas la *mens rea* requise, elles peuvent cependant demander que leur conduite soit excusée par l'application du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte.

L'accusé ne peut pas invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte s'il avait la possibilité de se sortir sans danger de la situation de contrainte. La raison d'être de la règle du «moyen de s'en sortir sans danger» est simplement qu'en pareil cas la condition du «caractère involontaire normatif», qui constitue l'assise théorique des moyens de défense fondés sur la contrainte et la nécessité, est absente. En fait, si l'accusé avait la possibilité de prendre des mesures qui lui auraient permis d'éviter de commettre une infraction, on ne peut pas dire qu'il n'avait pas de choix véritable quand il a décidé de violer ou non la loi. En outre, la logique interne du moyen de défense fondé sur une excuse, qui a une assise théorique directement analogue à celle du moyen de défense fondé sur la nécessité, porte à croire que la question de l'existence d'un moyen de s'en sortir sans danger doit être tranchée selon une norme objective. Toutefois, dans l'examen des perceptions d'une «personne raisonnable», la situation personnelle de l'accusé est pertinente et importante, et devrait être prise en considération.

L'exposé du juge du procès au jury contenait plusieurs erreurs. Premièrement, affirmer que l'état d'esprit pertinent en l'espèce était «l'intention commune» de poursuivre une fin illégale était erroné, car l'affaire portait sur l'al. 21(1)b) et non sur le par. 21(2). Deuxièmement, la directive selon laquelle la contrainte pouvait «annuler» la *mens rea* nécessaire à la responsabilité du participant au sens de l'al. 21(1)b) était également erronée. Troisièmement, et qui plus est, le jury n'a pas été informé que, même si l'accusé avait la *mens rea* requise, sa conduite pouvait être excusée en vertu du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, si les jurés étaient d'avis que les conditions nécessaires à l'application de ce moyen de défense étaient remplies. Puisqu'on ne peut pas affirmer que les erreurs contenues dans l'exposé sur la nature du moyen de défense fondé sur la contrainte n'ont nécessairement eu aucun effet sur le verdict, il y a lieu d'ordonner un nouveau procès. Il faudrait noter, cependant, que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en disant au jury que l'accusé ne pouvait pas invoquer le moyen de défense fondé sur la con-

instructed the jury that the existence of such an avenue was to be determined objectively, taking into account the personal circumstances of the accused, on the particular facts of this case his failure to do so did not affect the jury's decision, since there was no indication, on the facts, that any of the accused's personal attributes or frailties rendered him unable to identify any safe avenues of escape that would have been apparent to a reasonable person of ordinary capacities and abilities.

trainte si le ministère public avait établi qu'il n'avait pas profité d'un moyen de s'en sortir sans danger. De plus, quoique le juge du procès aurait dû informer le jury qu'il devait déterminer objectivement l'existence d'un tel moyen en tenant compte de la situation personnelle de l'accusé, à la lumière des faits particuliers de la présente affaire, son omission de le faire n'a pas influé sur la décision du jury car il ne ressort aucunement des faits que l'accusé était incapable, en raison de ses qualités ou faiblesses personnelles, de reconnaître quelque moyen de s'en sortir sans danger, qui aurait été évident pour toute personne raisonnable aux capacités et aptitudes normales.

Cases Cited

Applied: *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; **disapproved:** *Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189; **distinguished:** *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; **considered:** *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch*, [1975] A.C. 653; **referred to:** *R. v. Carker*, [1967] S.C.R. 114; *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *New Brunswick v. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201; *R. v. Howe*, [1987] 1 A.C. 417; *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74; *R. v. Jackson*, [1993] 4 S.C.R. 573, aff'g (1991), 68 C.C.C. (3d) 385; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3; *R. v. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 8(3), 17 [am. c. 27 (1st Supp.)], s. 40(2) (Sch. I, item 1)], 21.
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 12.

Authors Cited

Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.
Edwards, J. Ll. J. "Compulsion, Coercion and Criminal Responsibility" (1951), 14 *Mod. L. Rev.* 297.
Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.
Hart, H. L. A. *Punishment and Responsibility*. Oxford: Clarendon Press, 1968.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; **arrêt critiqué:** *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; **arrêt examiné:** *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland c. Lynch*, [1975] A.C. 653; **arrêts mentionnés:** *R. c. Carker*, [1967] R.C.S. 114; *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821; **Renvoi:** *Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *New Brunswick c. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 R.N.-B. (2^e) 201; *R. c. Howe*, [1987] 1 A.C. 417; *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74; *R. c. Jackson*, [1993] 4 R.C.S. 573, conf. (1991), 68 C.C.C. (3d) 385; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3; *R. c. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 8(3), 17 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.)], art. 40(2) (ann. I, n^o 1)], 21.
Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 12.

Doctrine citée

Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.
Edwards, J. Ll. J. «Compulsion, Coercion and Criminal Responsibility» (1951), 14 *Mod. L. Rev.* 297.
Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.
Hart, H. L. A. *Punishment and Responsibility*. Oxford: Clarendon Press, 1968.

- Horder, Jeremy. "Autonomy, Provocation and Duress", [1992] *Crim. L.R.* 706.
- Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "purpose".
- Rosenthal, Peter. "Duress in the Criminal Law" (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 199.
- Smith, John Cyril, and Brian Hogan. *Criminal Law*, 7th ed. London: Butterworths, 1992.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.
- Horder, Jeremy. «Autonomy, Provocation and Duress», [1992] *Crim. L.R.* 706.
- Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, «purpose».
- Rosenthal, Peter. «Duress in the Criminal Law» (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 199.
- Smith, John Cyril, and Brian Hogan. *Criminal Law*, 7th ed. London: Butterworths, 1992.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal rendered July 15, 1993, dismissing the accused's appeal from his conviction for aggravated assault. Appeal allowed and new trial ordered.

Timothy E. Breen, for the appellant.

Gary T. Trotter, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 15 juillet 1993, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de voies de fait graves. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Timothy E. Breen, pour l'appelant.

Gary T. Trotter, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

¹ LAMER C.J. — This appeal presents a number of important questions, each having to do with the role of duress as a defence to criminal charges. In order to resolve these issues, we must first examine the theoretical basis underlying the rule that criminal liability does not attach to a person who commits the *actus reus* of an offence as a result of threats of death or bodily harm from a third party. In particular, this Court must decide whether it is open to a person charged as a party to an offence to argue that, because his or her actions were coerced, he or she did not possess the *mens rea* necessary for party liability. This argument must be weighed against the alternative position — namely, that duress does not “negate” the *mens rea* for party liability, but that persons who commit certain criminal acts under duress may nonetheless be excused from criminal liability under the common law “defence of duress”. It is also necessary

LE JUGE EN CHEF LAMER — Le présent pourvoi soulève plusieurs questions importantes qui se rapportent toutes au rôle de la contrainte comme moyen de défense contre des accusations criminelles. Pour résoudre ces questions, il nous faut d'abord examiner le fondement théorique de la règle selon laquelle la personne qui accomplit l'*actus reus* d'une infraction n'engage pas sa responsabilité criminelle si son acte résulte de menaces de mort ou de lésions corporelles proférées par un tiers. En particulier, notre Cour doit décider si la personne accusée d'avoir participé à une infraction peut soutenir que, parce qu'elle a agi sous la contrainte, elle n'avait pas la *mens rea* requise pour que sa responsabilité en tant que participant à cette infraction soit engagée. Cet argument doit être soupesé en fonction de l'autre point de vue voulant que la contrainte n'«annule» pas la *mens rea* applicable à la responsabilité du participant à l'infraction.

for the Court to address certain questions having to do with limitations on this defence's availability. Specifically, we are asked to determine whether accused persons are foreclosed from recourse to the defence if they failed to avail themselves of a "safe avenue of escape" from the situation of coercion when such a safe avenue was available. If this is indeed the case, we must go on to consider whether the existence of such a "safe avenue" is to be determined on an objective basis, or from the subjective viewpoint of the accused.

I. Factual Background

On November 25, 1991, shortly before 1:00 a.m., Fitzroy Cohen was shot four times with a semi-automatic handgun as he stood in the lobby of the apartment building he lived in. The shots were fired by Mark Bailey, an acquaintance of Cohen whom Cohen knew by his street names, "Quasi" or "Dogheart". At the time of the shooting, Bailey was accompanied by the appellant, Lawrence Hibbert, who was a close friend of Cohen. Cohen had descended from his apartment to the lobby at the appellant's request, unaware that Bailey was waiting below with gun in hand.

Cohen survived the shooting. At the appellant's trial, Cohen testified that for some time prior to the shooting he had been aware that Bailey was seeking a confrontation with him. Bailey, Cohen believed, was seeking revenge for an incident that had taken place the previous year, in which Bailey had been robbed by a rival drug dealer named Andrew Reid while Cohen and several others stood by, watching and laughing. Cohen testified that he had been told that Bailey had subsequently attacked one of the men involved in the robbery on a busy street, firing several shots at him (but missing). He also knew that Andrew Reid had been murdered. Cohen said that he had told the appel-

tion, mais que les personnes qui accomplissent certains actes criminels sous la contrainte puissent néanmoins être exonérées de la responsabilité criminelle en vertu du «moyen de défense fondé sur la contrainte» reconnu en common law. Notre Cour doit également aborder certaines questions relatives aux limites à la possibilité d'invoquer ce moyen de défense. Plus précisément, il nous faut décider s'il est interdit à l'accusé de recourir à ce moyen de défense s'il n'a pas profité d'un moyen, qui s'offrait à lui, de se sortir sans danger de la situation de contrainte dans laquelle il se trouvait. Le cas échéant, il nous faut ensuite décider si l'existence d'un tel moyen doit être déterminée objectivement ou du point de vue subjectif de l'accusé.

I. Les faits

Le 25 novembre 1991, peu après 1 h, Fitzroy Cohen a été atteint par quatre projectiles tirés au moyen d'une arme de poing semi-automatique, alors qu'il se trouvait dans le vestibule de l'immeuble d'habitation où il vivait. Les coups ont été tirés par Mark Bailey, une relation de Cohen que celui-ci connaissait sous le sobriquet de «Quasi» ou «Dogheart». Au moment où il a fait feu, Bailey était accompagné de l'appellant, Lawrence Hibbert, un ami intime de Cohen. Cohen était descendu de son appartement au vestibule à la demande de l'appellant, sans savoir que Bailey l'attendait en bas, l'arme à la main.

Cohen a survécu à la fusillade. Au procès de l'appellant, Cohen a témoigné qu'il avait appris, quelque temps avant la fusillade, que Bailey voulait l'affronter. D'après Cohen, Bailey voulait se venger d'un incident survenu l'année précédente, au cours duquel il avait été victime d'un vol à main armée perpétré par un trafiquant de drogue rival, nommé Andrew Reid, sous les yeux de Cohen et de plusieurs autres personnes qui riaient. Cohen a témoigné qu'il avait appris que Bailey avait, par la suite, attaqué dans une rue passante l'un des hommes impliqués dans le vol, en tirant plusieurs coups de feu (qui avaient raté la cible). Il savait également qu'Andrew Reid avait été assassiné.

2

3

lant, whom he described as his "best friend", about the robbery of Bailey.

4 The appellant, who testified at trial, stated that at the time of the shooting he owed Bailey \$100 as payment for drugs he had purchased from him some months earlier. He testified that he had been attempting to avoid Bailey, but that on the evening of November 24, 1991 he had accidentally run into him in the lobby of an apartment building in Etobicoke where he had gone to visit friends. Bailey had approached the appellant and indicated that he was armed with a handgun. The appellant testified that Bailey ordered him to take him to Cohen's apartment. When he refused, the appellant stated, Bailey had led him to the basement and punched him in the face several times. The appellant testified that he feared for his life, and that he believed that Bailey would shoot him if he continued to refuse to assist him. He stated that it was this fear that led him to agree to lead Bailey to Cohen's apartment.

5 Bailey and the appellant went out to Bailey's car, where Bailey's girlfriend and another young woman were waiting. The appellant got into the back seat, while Bailey drove. The women testified that the appellant was quiet during the drive, but that his mood was neither noticeably happy or unhappy. At trial, one of the young women recalled that the appellant had made a remark to the effect that "this might be the last time [I'm] going to see you".

6 Bailey dropped the two women off at their apartment, and told the appellant to get into the front seat. The appellant testified that they stopped at a telephone booth, and that Bailey ordered him to call Cohen and ask him to meet him downstairs in twenty minutes. The appellant did so, telling Cohen that he "had something for him". According to the appellant, Bailey stood by the phone booth during his conversation with Cohen, and could hear what the appellant said to Cohen. Cohen and his girlfriend, Beverley St. Hillaire, confirmed that they had received a telephone call from the appellant, essentially as the appellant

Cohen a affirmé qu'il avait parlé à l'appelant, qu'il a décrit comme étant son «meilleur ami», du vol dont Bailey avait été victime.

L'appelant, qui a témoigné au procès, a dit qu'à l'époque de la fusillade, il devait 100 \$ à Bailey pour de la drogue qu'il lui avait achetée quelques mois auparavant. Il a témoigné qu'il avait tenté d'éviter Bailey, mais que, le soir du 24 novembre 1991, il était tombé sur lui dans le vestibule d'un immeuble d'habitation à Etobicoke où il s'était rendu visiter des amis. Bailey s'est adressé à l'appelant et lui a indiqué qu'il était armé. L'appelant a témoigné que Bailey lui avait ordonné de le conduire à l'appartement de Cohen. Il a dit que, lorsqu'il a refusé de le faire, Bailey l'a amené au sous-sol et lui a asséné plusieurs coups de poing au visage. L'appelant a témoigné qu'il craignait pour sa vie et qu'il croyait que Bailey allait l'abattre s'il persistait à refuser de l'aider. Il a déclaré que c'était cette crainte qui l'avait amené à accepter de conduire Bailey à l'appartement de Cohen.

Bailey et l'appelant se sont rendus à la voiture de Bailey, où la petite amie de Bailey et une autre jeune femme attendaient. L'appelant est monté à l'arrière et Bailey a pris le volant. Les femmes ont témoigné que l'appelant était demeuré silencieux durant le trajet, mais qu'il n'était pas visiblement de bonne humeur ou de mauvaise humeur. Au procès, l'une des jeunes femmes s'est rappelé que l'appelant avait dit quelque chose comme: [TRADUCTION] «c'est peut-être la dernière fois que je vous vois».

Bailey a laissé les deux femmes à leur appartement et a dit à l'appelant de prendre place à l'avant. Ce dernier a témoigné qu'ils s'étaient arrêtés à une cabine téléphonique et que Bailey lui avait ordonné d'appeler Cohen et de lui demander de le rencontrer en bas dans vingt minutes. C'est ce qu'a fait l'appelant, qui a dit à Cohen qu'il [TRADUCTION] «avait quelque chose pour lui». D'après l'appelant, Bailey se tenait près de la cabine pendant sa conversation avec Cohen et a pu entendre ses paroles. Cohen et sa petite amie, Beverley St. Hillaire, ont confirmé qu'ils avaient reçu un appel de l'appelant, dont la teneur était

described. They testified that the appellant had sounded “normal”, but that he had been more abrupt than he usually was.

Bailey and Hibbert arrived at Cohen’s apartment building approximately half an hour after making the phone call. The appellant testified that Bailey drew his gun and pointed it at him as they got out of the car. They went to the front door of the building where, following Bailey’s orders, the appellant called Cohen’s apartment on the building intercom, while Bailey kept his gun trained on him. The appellant’s testimony, which was confirmed by Cohen, was that ordinarily when visiting Cohen he would not use the building’s front door, but would instead enter the building through a side door that could be opened from the outside using a technique Cohen had taught him. Cohen also confirmed the appellant’s testimony that he had asked Cohen to “come down” to the lobby, but that he had not asked Cohen to “buzz him in” (i.e., press a button on the intercom that would unlock the building’s outer door). The appellant testified that he had hoped that Cohen would not unlock the building’s front door, so that when he came downstairs he would see Bailey through the locked glass outer door and have a chance to retreat to safety. However, Cohen buzzed the outer door open without being asked to do so, and Bailey and the appellant went into the lobby.

According to the testimony of both Cohen and Hibbert, Cohen took the stairs from his second-floor apartment to the lobby. When he emerged into the lobby, he was met by Bailey, who grabbed him and pointed the gun at his chest, saying “You’re dead now pussy.” Bailey led Cohen into the ground floor hallway, where (according to both Cohen and the appellant’s testimony) he turned to Hibbert and told him to “stay some place where I [can] see you”. After a brief exchange of words with Cohen, Bailey pushed Cohen away and fired four shots at him, striking him in the groin, legs and buttocks. Saying “Come, Pigeon” (the appellant’s nickname), Bailey and the appellant left the building by the side door. Cohen testified that dur-

essentiellement ce qu’avait dit l’appelant. Ils ont témoigné que ce dernier avait paru «normal», quoiqu’un peu plus brusque que d’habitude.

Bailey et Hibbert sont arrivés à l’immeuble où habitait Cohen environ une demi-heure après avoir fait l’appel téléphonique. L’appelant a témoigné que Bailey avait sorti son arme et l’avait pointée vers lui au moment où ils descendaient du véhicule. Ils se sont dirigés vers la porte d’entrée principale de l’immeuble où, sur l’ordre de Bailey, l’appelant s’est servi de l’interphone pour appeler à l’appartement de Cohen, alors que Bailey braquait toujours son arme sur lui. L’appelant a témoigné, ce qui a été confirmé par Cohen, que d’habitude, lorsqu’il rendait visite à Cohen, il empruntait non pas la porte principale, mais plutôt une porte latérale qui pouvait être ouverte de l’extérieur grâce à une technique que Cohen lui avait enseignée. Cohen a aussi confirmé le témoignage de l’appelant selon lequel il avait demandé à Cohen de «descendre» dans le vestibule, sans toutefois lui demander de lui ouvrir la porte extérieure par le bouton de l’interphone. L’appelant a témoigné qu’il avait espéré que Cohen ne déverrouillerait pas la porte principale, de sorte qu’en arrivant en bas il verrait Bailey à travers la vitre de la porte extérieure verrouillée et aurait une chance de se mettre à l’abri. Toutefois, Cohen a déverrouillé la porte extérieure par le bouton de l’interphone sans qu’on lui ait demandé de le faire, et Bailey et l’appelant sont entrés dans le vestibule.

D’après le témoignage de Cohen et de Hibbert, Cohen a emprunté l’escalier pour descendre de son appartement du premier au vestibule. Quand il est arrivé dans le vestibule, il s’est retrouvé devant Bailey qui l’a agrippé et a braqué son arme sur sa poitrine en disant: [TRADUCTION] «Tu es mort, mon minet». Bailey a entraîné Cohen dans le couloir du rez-de-chaussée où (selon le témoignage de Cohen et de l’appelant) il s’est retourné vers Hibbert et lui a dit: [TRADUCTION] «reste là où je [peux] te voir». Après avoir échangé quelques mots avec Cohen, Bailey l’a poussé et a tiré quatre coups dans sa direction, l’atteignant à l’aîne, aux jambes et aux fesses. Bailey a dit à l’appelant: [TRADUCTION] «Viens, Pigeon» (surnom de l’appelant), et ils ont

7

8

ing the incident the appellant said nothing, and made no effort to intervene. He described the appellant as “all sweating”, and said that the appellant was unable to look at him. The appellant, however, testified that he had repeatedly pleaded with Bailey, “Quasi don’t kill him.”

9 The appellant testified that from the moment he first encountered Bailey that evening he had believed Bailey would shoot him if he refused to cooperate, and stated that he had been “terrified” throughout his time in Bailey’s company. Under cross-examination, he declared that he believed that he had had no opportunity to run away or warn Cohen without being shot.

10 After leaving the building, Bailey drove the appellant back to Etobicoke. The appellant testified that Bailey threatened to kill him if he went to the police. Upon his return to Etobicoke, the appellant spoke to Cohen’s brother about what had happened, and called Cohen’s mother and Cohen’s apartment. He subsequently called his own mother, before going to sleep. The next morning, he turned himself in to the police. Bailey, however, was never apprehended.

11 The appellant was charged with attempted murder. On March 19, 1992, following a trial by jury in the Ontario Court of Justice (General Division) presided over by Webber J., he was acquitted of this charge, but was convicted of the included offence of aggravated assault and sentenced to four years imprisonment. On July 15, 1993 his appeal of his conviction to the Court of Appeal for Ontario was dismissed, although the court allowed his appeal from sentence, reducing his sentence from four years to time served (some fifteen months).

II. Relevant Statutory Provisions

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46

8. . . .

quitté l’immeuble par la porte latérale. Cohen a témoigné que l’appelant n’avait rien dit pendant l’incident et n’avait pas tenté d’intervenir. Selon lui, l’appelant était [TRADUCTION] «en sueur» et incapable de le regarder. L’appelant a cependant témoigné qu’il avait supplié Bailey à maintes reprises en disant: [TRADUCTION] «Ne le tue pas, Quasi.»

L’appelant a témoigné que, dès le moment où il avait rencontré Bailey ce soir-là, il avait cru que celui-ci allait l’abattre s’il refusait de collaborer. Il a dit avoir été «terrifié» pendant tout le temps qu’il avait passé en compagnie de Bailey. Lors du contre-interrogatoire, il a déclaré qu’il croyait n’avoir eu aucune chance de s’enfuir ou d’avertir Cohen sans risquer d’être abattu.

Après avoir quitté l’immeuble, Bailey a ramené l’appelant à Etobicoke. Ce dernier a témoigné que Bailey avait menacé de le tuer s’il le dénonçait à la police. À son retour à Etobicoke, l’appelant a raconté ce qui s’était passé au frère de Cohen, puis il a appelé la mère de Cohen et téléphoné à l’appartement de Cohen. Par la suite, il a appelé sa propre mère avant de se coucher. Le matin suivant, il s’est livré à la police. Bailey n’a cependant jamais été appréhendé.

L’appelant a été accusé de tentative de meurtre. Le 19 mars 1992, à la suite d’un procès devant jury présidé par le juge Webber de la Cour de justice de l’Ontario (Division générale), il a été acquitté relativement à ce chef d’accusation, mais déclaré coupable de l’infraction incluse de voies de fait graves et condamné à quatre ans d’emprisonnement. Le 15 juillet 1993, la Cour d’appel de l’Ontario a rejeté l’appel qu’il a interjeté contre sa déclaration de culpabilité, mais a fait droit à l’appel interjeté contre sa sentence, en la réduisant de quatre ans à la période déjà passée en détention (environ quinze mois).

II. Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

8. . . .

(3) Every rule and principle of the common law that renders any circumstance a justification or excuse for an act or a defence to a charge continues in force and applies in respect of proceedings for an offence under this Act or any other Act of Parliament except in so far as they are altered by or are inconsistent with this Act or any other Act of Parliament.

17. A person who commits an offence under compulsion by threats of immediate death or bodily harm from a person who is present when the offence is committed is excused for committing the offence if the person believes that the threats will be carried out and if the person is not a party to a conspiracy or association whereby the person is subject to compulsion, but this section does not apply where the offence that is committed is high treason or treason, murder, piracy, attempted murder, sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm, aggravated sexual assault, forcible abduction, hostage taking, robbery, assault with a weapon or causing bodily harm, aggravated assault, unlawfully causing bodily harm, arson or an offence under sections 280 to 283 (abduction and detention of young persons).

21. (1) Every one is a party to an offence who

- (a) actually commits it;
- (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or
- (c) abets any person in committing it.

(2) Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

III. Decisions Below

Ontario Court of Justice (General Division)

Webber J. charged the jury on the defence of duress in the following terms:

(3) Chaque règle et chaque principe de la *common law* qui font d'une circonstance une justification ou excuse d'un acte, ou un moyen de défense contre une inculpation, demeurent en vigueur et s'appliquent à l'égard des poursuites pour une infraction visée par la présente loi ou toute autre loi fédérale, sauf dans la mesure où ils sont modifiés par la présente loi ou une autre loi fédérale ou sont incompatibles avec l'une d'elles.

17. Une personne qui commet une infraction, sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise, est excusée d'avoir commis l'infraction si elle croit que les menaces seront mises à exécution et si elle ne participe à aucun complot ou aucune association par laquelle elle est soumise à la contrainte. Toutefois, le présent article ne s'applique pas si l'infraction commise est la haute trahison ou la trahison, le meurtre, la piraterie, la tentative de meurtre, l'agression sexuelle, l'agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infraction de lésions corporelles, l'agression sexuelle grave, le rapt, la prise d'otage, le vol qualifié, l'agression armée ou infraction de lésions corporelles, les voies de fait graves, l'infraction illégale de lésions corporelles, le crime d'incendie ou l'une des infractions visées aux articles 280 à 283 (enlèvement et séquestration d'une jeune personne).

21. (1) Participant à une infraction:

- a) quiconque la commet réellement;
- b) quiconque accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre;
- c) quiconque encourage quelqu'un à la commettre.

(2) Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, participe à cette infraction.

III. Les juridictions inférieures

Cour de justice de l'Ontario (Division générale)

Le juge Webber a donné aux jurés les directives suivantes sur le moyen de défense fondé sur la contrainte:

If you find the Crown has not proved beyond a reasonable doubt that Hibbert did acts or omitted to do something, for the purpose of, or with the intention of aiding in the commission of the crime, he is not guilty. If you do so find the Crown has proved beyond a reasonable doubt, that situation, then Hibbert is guilty, subject, of course, to the question of duress which was addressed to you by counsel.

Duress is a common law defence available to Mr. Hibbert. The defence asserts Hibbert participated in the shooting of Cohen because he was compelled to do so. I direct you, if Hibbert joined in the common plot to shoot Cohen, under threats of death or grievous bodily harm, that would negative his having a common intention with Quasi [i.e., Bailey] to shoot Cohen, and [*sic*] you must find Hibbert not guilty. These threats can be expressed or implied. You look to the evidence for that particular finding. Put another way, a person whose actions have been dictated by fear of grievous bodily injury cannot be said to have formed a genuine common intention to carry out an unlawful purpose with the person who has threatened him with those consequences if he fails to cooperate. Please note that the accused cannot rely on this defence if a safe avenue of escape exists, which again, is a matter for you to find when you consider the evidence.

Finally, the onus always remains on the Crown throughout. It is their duty to negative the defence of duress. The Crown must prove beyond a reasonable doubt, their case, and if a doubt exists it must be resolved in favour of the accused.

¹³ During its deliberations, the jury sent a note to the trial judge asking the following question:

Please explain "duress" and how it may be negated, especially regarding a reasonable opportunity to escape from confinement. Thank you. The jury is unclear on this matter in order to determine verdict.

After discussing the question with counsel, Webber J. decided to repeat the portion of his original charge that dealt with duress, and add to it portions of a standard jury charge taken from a book prepared by British Columbia judges. After an objection by the Crown, however, it was agreed that he

[TRADUCTION] Si vous concluez que le ministère public n'a pas prouvé hors de tout doute raisonnable que Hibbert a accompli des actes ou omis de faire quelque chose, en vue ou dans l'intention d'aider quelqu'un à commettre le crime, il n'est pas coupable. Si vous concluez que le ministère public a prouvé cela hors de tout doute raisonnable, alors Hibbert est coupable, sous réserve bien sûr de la question de la contrainte que les avocats ont débattue devant vous.

La contrainte est un moyen de défense de common law que M. Hibbert peut invoquer. La défense affirme que Hibbert a participé à la fusillade dont Cohen a été victime, parce qu'il était obligé de le faire. Je vous dis que si Hibbert a participé au complot commun d'abattre Cohen en raison de menaces de mort ou de lésions corporelles graves, il n'a pu y avoir entre lui et Quasi [c.-à-d. Bailey] d'intention commune d'abattre Cohen, et vous devez déclarer Hibbert non coupable. Ces menaces peuvent être explicites ou implicites. Votre conclusion à ce sujet doit être fondée sur la preuve. En d'autres termes, on ne peut dire d'une personne qui a agi par crainte de subir des lésions corporelles graves, qu'elle a vraiment formé l'intention commune de poursuivre une fin illégale avec la personne qui a menacé de lui infliger ces sévices si elle refusait de collaborer. Veuillez remarquer que l'accusé ne peut invoquer ce moyen de défense si un moyen de s'en sortir sans danger s'offrait à lui, ce qui, encore une fois, est une question qu'il vous appartient de trancher en étudiant la preuve.

Finalement, c'est au ministère public qu'il incombe de faire la preuve du début à la fin. Il lui revient d'annihiler le moyen de défense fondé sur la contrainte. Le ministère public doit faire sa preuve hors de tout doute raisonnable et, en cas de doute, il faut en faire bénéficier l'accusé.

Durant ses délibérations, le jury a fait parvenir au juge une note dans laquelle il lui posait la question suivante:

[TRADUCTION] S'il vous plaît, expliquez-nous ce qu'est la «contrainte» et comment elle peut être annulée, plus particulièrement en ce qui concerne la possibilité raisonnable de s'échapper. Merci. Le jury a besoin de clarifications à ce sujet pour rendre un verdict.

Après avoir discuté de la question avec les avocats, le juge Webber a décidé de répéter la partie de son exposé initial qui portait sur la contrainte et d'y ajouter des passages de directives types au jury tirées d'un ouvrage rédigé par des juges de la Colombie-Britannique. À la suite d'une objection

would omit all references in the latter charge to the "reasonable person" standard. His recharge on the subject of duress proceeded as follows:

Duress is a defence available to Hibbert. The defence asserts Hibbert participated in the shooting of Cohen because he was compelled to do so. I direct you, that if Hibbert joined in the common plot to shoot Cohen under threats of death or grievous bodily harm, that would negative his having a common intention with Quasi [Bailey] to shoot Cohen and [*sic*] you must find Hibbert not guilty. Then I said to you, those threats can be expressed or implied, and you look to all of the evidence to determine that issue.

Put another way, a person whose actions had been dictated by fear of death or grievous bodily injury cannot be said to have formed a genuine common intention to carry out an unlawful purpose with the person who has threatened him with those consequences if he fails to co-operate. Please note, the accused cannot rely on the defence of duress if a safe avenue of escape exists, which is a question of fact for you as the judges of fact to find. I concluded my remarks to you by using these words: finally, the onus remains on the Crown throughout. It is their duty to negative the defence of duress. The Crown must prove its case beyond a reasonable doubt. If a doubt exists, it must be resolved in favour of the accused.

I add two further matters to my original charge, the first dealing with escape from the place. This ingredient of duress is that the person must not have an obvious safe avenue of escape from the person making the threat. This means that you should examine all of the evidence and determine whether Hibbert could have avoided acting as he did by running away or by seeking police protection.

Then the final point, which ties in with the matter of reasonable doubt. I will put it to you this way. The Crown must prove beyond a reasonable doubt that the defence of duress cannot succeed. The accused does not have to prove anything. Keep in mind these three things.

du ministère public, il a cependant été entendu qu'il omettrait, dans ces dernières directives, toute mention de la norme de la «personne raisonnable». Ses nouvelles directives sur la contrainte se lisaient ainsi:

[TRADUCTION] La contrainte est un moyen de défense que Hibbert peut invoquer. La défense affirme que Hibbert a participé à la fusillade dont Cohen a été victime, parce qu'il était obligé de le faire. Je vous dis que si Hibbert a participé au complot commun d'abattre Cohen en raison de menaces de mort ou de lésions corporelles graves, il n'a pu y avoir entre lui et Quasi [Bailey] d'intention commune d'abattre Cohen, et vous devez déclarer Hibbert non coupable. Puis, je vous ai dit que ces menaces peuvent être explicites ou implicites et que vous devez tenir compte de tous les éléments de preuve pour trancher cette question.

Autrement dit, on ne peut dire d'une personne qui a agi par crainte de mourir ou de subir des lésions corporelles graves, qu'elle a vraiment formé l'intention commune de poursuivre une fin illégale avec la personne qui a menacé de lui infliger ces sévices si elle refusait de collaborer. Veuillez remarquer que l'accusé ne peut invoquer ce moyen de défense si un moyen de s'en sortir sans danger s'offrait à lui, ce qui est une question de fait qu'il vous appartient de trancher en tant que juges des faits. Les remarques que je vous ai faites se terminaient par les mots suivants: finalement, c'est au ministère public qu'il incombe de faire la preuve du début à la fin. Il lui revient d'annihiler le moyen de défense fondé sur la contrainte. Le ministère public doit faire sa preuve hors de tout doute raisonnable. En cas de doute, il faut en faire bénéficier l'accusé.

J'ajoute deux autres points à mon exposé initial. Le premier concerne la possibilité de s'enfuir. Cet élément de la contrainte veut que la personne en cause n'ait aucun moyen évident d'échapper sans danger à l'auteur des menaces. Cela signifie que vous devriez examiner toute la preuve et décider si Hibbert aurait pu éviter d'agir comme il l'a fait, en s'enfuyant ou en demandant la protection de la police.

Ensuite, il y a le dernier point qui est lié à la question du doute raisonnable. Je vais vous l'exposer dans les termes suivants. Le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que le moyen de défense fondé sur la contrainte ne peut pas être retenu. L'accusé n'a pas à prouver quoi que ce soit. N'oubliez pas les trois choses qui suivent.

1) If you accept the evidence in support of the defence of duress, you must return a verdict of not guilty.

2) If you do not accept the evidence in support of the defence of duress, but you are left in a reasonable doubt by it, as I defined that term for you, you must also return a verdict of not guilty.

3) Even if you are not left in a reasonable doubt by the evidence in support of the defence of duress, you must still go on to consider whether or not, on the basis of all of the evidence, the accused Hibbert is guilty.

14 After deliberating for nearly a day, the jury returned a verdict of not guilty on the charge of attempted murder, but convicted the appellant of the lesser included offence of aggravated assault. Webber J. subsequently sentenced him to a four-year prison term.

Ontario Court of Appeal (Houlden, Tarnopolsky and Krever JJ.A.)

15 The reasons of the Court of Appeal dismissing the appellant's appeal from conviction were as follows (in their entirety):

The application to admit fresh evidence is dismissed. Counsel for the appellant concedes that, on the basis of the question from the jury, it is clear that the jury found that the appellant was subjected to compulsion, but they were concerned with whether he had a safe avenue of escape. The trial judge left it to the jury to determine whether the appellant had a safe avenue of escape. Defence counsel referred to the relevant evidence on this issue in her address to the jury, and the trial judge summarized the relevant evidence in his charge. On the facts of this case we believe that the charge on this point was sufficient. The appeal against conviction is accordingly dismissed.

The Court of Appeal went on to allow the appellant's sentence appeal, reducing his sentence to time served (approximately fifteen months).

1) Si vous acceptez la preuve à l'appui du moyen de défense fondé sur la contrainte, vous devez prononcer un verdict d'acquiescement.

2) Si vous n'acceptez pas la preuve à l'appui du moyen de défense fondé sur la contrainte, mais qu'elle a suscité chez vous un doute raisonnable, au sens de la définition de cette expression que je vous ai donnée, vous devez aussi prononcer un verdict d'acquiescement.

3) Même si la preuve à l'appui du moyen de défense fondé sur la contrainte n'a pas suscité de doute raisonnable dans votre esprit, vous devez tout de même vous demander si, compte tenu de tous les éléments de preuve, l'accusé Hibbert est coupable.

Après avoir délibéré durant presque toute une journée, le jury a prononcé un verdict d'acquiescement quant à l'accusation de tentative de meurtre, mais a déclaré l'appelant coupable de l'infraction moindre et incluse de voies de fait graves. Le juge Webber l'a, par la suite, condamné à une peine de quatre ans d'emprisonnement.

Cour d'appel de l'Ontario (les juges Houlden, Tarnopolsky et Krever)

Les motifs intégraux de la Cour d'appel qui a rejeté l'appel de l'appelant contre sa déclaration de culpabilité sont les suivants:

[TRADUCTION] La demande d'admission de nouveaux éléments de preuve est rejetée. L'avocat de l'appelant reconnaît qu'il ressort clairement de la question posée par le jury que celui-ci a conclu que l'appelant a agi sous la contrainte, mais qu'il s'est demandé s'il avait un moyen de s'en sortir sans danger. Le juge du procès a laissé au jury le soin de décider si l'appelant avait eu un moyen de s'en sortir sans danger. L'avocate de la défense a, en s'adressant au jury, mentionné les éléments de preuve pertinents à ce sujet, et le juge du procès a résumé la preuve pertinente dans son exposé. Compte tenu des faits de la présente affaire, nous croyons que l'exposé sur ce point était suffisant. L'appel contre la déclaration de culpabilité est donc rejeté.

La Cour d'appel a ensuite fait droit à l'appel de l'appelant contre sa sentence, réduisant la peine à la période déjà passée en détention (environ quinze mois).

IV. Grounds for Appeal

Lawrence Hibbert appeals his conviction to this Court on the grounds that the trial judge's charge to the jury on the issue of duress contained several errors. First, he argues, the trial judge erred by instructing the jury that the defence of duress operated by "negating common intention". The appellant objects further to the trial judge's statement that the defence of duress was unavailable to an accused who failed to avail himself or herself of a "safe avenue of escape". As an alternative to the latter argument, the appellant submits that even if the "safe avenue of escape" rule exists, the trial judge erred by not advising the jury that the existence or non-existence of such an avenue was to be determined by reference to the appellant's subjective belief.

V. Analysis

A. *Introduction*

The issues raised in this appeal must be analysed in several stages. First, it is necessary to consider the fundamental question of why it is that a person who performs an act that would otherwise constitute the *actus reus* of a criminal offence will not be held criminally liable at common law if he or she did so as a result of threats of death or bodily harm. That is, we must examine the theoretical nature of the common law defence of duress, and determine its relationship to basic *mens rea* principles. We must also consider the question of whether the availability of the defence of duress is limited by a "safe avenue of escape" rule. Once these questions have been addressed, it will then be possible to assess the learned trial judge's charge to the jury on duress, and to determine whether the jurors were correctly advised of the principles they were to apply in their deliberations.

IV. Moyens d'appel

Lawrence Hibbert se pourvoit devant nous contre sa déclaration de culpabilité en faisant valoir que l'exposé du juge du procès au jury sur la question de la contrainte comportait plusieurs erreurs. Il soutient, en premier lieu, que le juge du procès a commis une erreur en expliquant aux jurés que le moyen de défense fondé sur la contrainte faisait en sorte qu' [TRADUCTION] «il ne pouvait y avoir d'intention commune». L'appellant s'oppose, en outre, à l'affirmation du juge du procès selon laquelle l'accusé ne pouvait invoquer ce moyen de défense s'il n'a pas profité d'un «moyen de s'en sortir sans danger». Subsidiairement, l'appellant soutient que même si la règle du «moyen de s'en sortir sans danger» existe, le juge du procès a commis une erreur en ne disant pas au jury que l'existence ou l'inexistence de ce moyen devait être déterminée en fonction de la croyance subjective de l'appellant.

V. Analyse

A. *Introduction*

L'analyse des questions soulevées dans le présent pourvoi doit se faire en plusieurs étapes. Premièrement, il faut examiner la question fondamentale de savoir pourquoi une personne qui accomplit un acte qui constituerait par ailleurs l'*actus reus* d'une infraction criminelle ne sera pas reconnue criminellement responsable en common law, si elle a agi ainsi à la suite de menaces de mort ou de lésions corporelles. Autrement dit, nous devons étudier la nature théorique du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, et déterminer son lien avec les principes fondamentaux de la *mens rea*. Nous devons aussi nous demander si la possibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte est limitée par une règle du «moyen de s'en sortir sans danger». Après avoir répondu à ces questions, il sera alors possible d'apprécier les directives données par le juge du procès aux jurés au sujet de la contrainte, et de décider si les jurés ont été bien instruits des principes qu'ils devaient appliquer durant leurs délibérations.

B. *The Relationship Between Mens Rea and the Defence of Duress*

(1) The Common Law Defence of Duress in Canada

18 The defence of “duress *per minas*” (“duress by threat”) has a long history at common law. References to the defence can be found in the writings of such venerable commentators as Hale and Blackstone (see J. Ll. J. Edwards, “Compulsion, Coercion and Criminal Responsibility” (1951), 14 *Mod. L. Rev.* 297, at pp. 298-99; and P. Rosenthal, “Duress in the Criminal Law” (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 199, at pp. 200ff.). In spite of the defence’s antiquity, however, many important aspects of its nature and its details have remained unresolved, or have been shrouded with uncertainty. As Professor Edwards, *supra*, observed in 1951 (at p. 297):

Judged by the absence of any satisfactory modern authority, it must be very rare for the accused to set up as a defence that he committed the alleged crime under the compulsion of another person. Indeed the whole field of learning on this defence to criminal liability is both meagre and unsatisfactory.

19 In Canada, a defence of duress was included in the first *Criminal Code* enacted in 1892 (S.C. 1892, c. 29). Section 12 of the original *Code* (the predecessor of the current *Code*’s s. 17) provided that “compulsion by threats of immediate death or grievous bodily harm from a person actually present at the commission of the offence shall be an excuse for [its] commission” (subject to certain specified conditions being met). For many years, it seems to have been generally assumed (although never conclusively established) that the existence of a codified version of the defence of duress left no room for further development of the common law defence in Canada. As Ritchie J. remarked, *obiter*, in *R. v. Carker*, [1967] S.C.R. 114, at p. 117:

B. *Le lien entre la mens rea et le moyen de défense fondé sur la contrainte*

(1) Le moyen de défense fondé sur la contrainte, reconnu en common law au Canada

La common law reconnaît depuis longtemps le moyen de défense fondé sur la «contrainte *per minas*» («contrainte par des menaces»). On peut trouver des mentions de ce moyen de défense dans les écrits de vénérables commentateurs comme Hale et Blackstone (voir J. Ll. J. Edwards, «Compulsion, Coercion and Criminal Responsibility» (1951), 14 *Mod. L. Rev.* 297, aux pp. 298 et 299, et P. Rosenthal, «Duress in the Criminal Law» (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 199, aux pp. 200 et suiv.). Toutefois, malgré l’ancienneté de ce moyen de défense, bien des aspects importants de sa nature et de ses détails n’ont jamais été clarifiés ou sont restés incertains. Comme le professeur Edwards, *loc. cit.*, le faisait remarquer en 1951 (à la p. 297):

[TRADUCTION] Si l’on en juge par l’absence de toute jurisprudence moderne satisfaisante, il doit être très rare que l’accusé puisse faire valoir pour sa défense qu’il a commis le crime reproché sous la contrainte d’autrui. En fait, l’ensemble de nos connaissances relatives à ce moyen de défense contre la responsabilité criminelle se résume à peu de chose et est peu satisfaisant.

Au Canada, le moyen de défense fondé sur la contrainte a été inclus dans le premier *Code criminel* adopté en 1892 (S.C. 1892, ch. 29). Aux termes de l’art. 12 de ce premier *Code* (qui a précédé l’art. 17 du *Code* actuel), «la contrainte exercée par la menace d’une mort immédiate ou d’une lésion corporelle grave de la part d’une personne réellement présente lorsqu’il est commis une infraction, sera une excuse de cette infraction» (si certaines conditions sont remplies). Il semble que, pendant bien des années, on ait généralement tenu pour acquis (encore que cela n’a jamais été établi de façon concluante) que l’existence, au Canada, d’une version codifiée du moyen de défense fondé sur la contrainte ne laissait aucune place à l’évolution du moyen de défense reconnu en common law. Comme le juge Ritchie le fait observer, dans une opinion incidente, dans l’arrêt *R. c. Carker*, [1967] R.C.S. 114, à la p. 117:

[I]n respect of proceedings for an offence under the *Criminal Code* the common law rules and principles respecting "duress" as an excuse or defence have been codified and exhaustively defined in s. 17

In *Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189, however, this Court determined that s. 17 of the *Code* does not constitute an exhaustive codification of the law of duress. Rather, the Court held, s. 17 applies only to persons who commit offences as principals. Accordingly, it remains open to persons who are liable as parties to offences to invoke the common law defence of duress, which remains in existence by virtue of s. 8(3) of the *Code* (which preserves those common law defences not expressly altered or eliminated by Parliament). The common law rules governing situations of duress thus remain an important aspect of Canadian criminal law.

The holding in *Paquette* that the common law defence of duress is available to persons liable as parties is clear and unambiguous, and has stood as the law in Canada for almost twenty years. The case has a second aspect, however, that is less firmly established, having given rise to differing interpretations, and having been the subject of considerable debate in the legal community. The controversy stems from certain comments made by Martland J. on the issue of the relationship between duress and the *mens rea* for party liability under s. 21(2) of the *Code*. The facts in *Paquette* were as follows. The accused had been charged as a party to non-capital murder. He had driven two acquaintances, Clermont and Simard, to a store. After *Paquette* had dropped them off, Clermont and Simard robbed the store, and during the course of the robbery an innocent bystander was shot and killed. *Paquette* was not present at the shooting, having driven away from the store once Clermont and Simard had entered. Although he circled the block and returned to the store, there was evidence that he had refused to let Clermont and Simard get back into the car. In a statement made to the

[TRADUCTION] . . . en ce qui concerne les poursuites relatives à une infraction prévue dans le *Code criminel*, les règles et les principes de common law qui concernent la «contrainte» comme excuse ou moyen de défense ont été codifiés et définis de manière exhaustive à l'art. 17

Toutefois, dans l'arrêt *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189, notre Cour a décidé que l'art. 17 du *Code* ne constitue pas une codification exhaustive du droit en matière de contrainte. Elle a plutôt conclu que l'art. 17 ne s'applique qu'aux personnes qui sont l'auteur principal d'une infraction. Par conséquent, les personnes dont la responsabilité est engagée en tant que participants à une infraction peuvent toujours invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, lequel continue d'exister en vertu du par. 8(3) du *Code* (qui maintient les moyens de défense de common law qui n'ont pas été expressément modifiés ou supprimés par le législateur). Les règles de common law qui régissent les situations de contrainte demeurent donc un aspect important du droit criminel canadien.

La conclusion de l'arrêt *Paquette*, selon laquelle les personnes responsables en tant que participants peuvent invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, est claire et nette et a constitué la règle appliquée au Canada pendant presque vingt ans. Cet arrêt comporte cependant un second aspect moins bien établi, qui a donné lieu à des interprétations divergentes et qui a fait l'objet d'intenses débats dans le milieu juridique. La controverse résulte de certaines observations du juge Martland sur la question du lien entre la contrainte et la *mens rea* applicable à la responsabilité du participant au sens du par. 21(2) du *Code*. Les faits de l'affaire *Paquette* étaient les suivants. L'accusé avait été inculpé de participation à un meurtre non qualifié. Il avait conduit deux connaissances, Clermont et Simard, à un magasin. Après que *Paquette* les eut déposés, Clermont et Simard ont dévalisé le magasin et, durant le vol qualifié, un passant a été tué par balle. *Paquette* n'a pas assisté à la fusillade, s'étant éloigné du magasin après que Clermont et Simard eurent pénétré dans le commerce. Bien qu'il ait fait le tour du pâté de maisons et soit retourné au magasin, certains élé-

police, Paquette indicated that he had driven Clermont and Simard to the scene of the crime only after Clermont had pointed a gun at him and threatened to kill him if he refused. At trial, the issue of duress had been left to the jury, which acquitted the accused. On appeal, the Ontario Court of Appeal ordered a new trial, on the grounds that the statutory defence of duress contained in s. 17 of the *Code* could not, by the express terms of the section, be invoked as a defence to a charge of murder or robbery.

ments de preuve indiquaient qu'il avait refusé de laisser Clermont et Simard remonter dans la voiture. Dans une déclaration à la police, Paquette a dit qu'il avait conduit Clermont et Simard au lieu du crime seulement après que Clermont eut braqué une arme à feu sur lui et l'eut menacé de le tuer s'il refusait. Au procès, la question de la contrainte avait été soumise à l'appréciation du jury, qui a acquitté l'accusé. En appel, la Cour d'appel de l'Ontario a ordonné un nouveau procès pour le motif que le moyen de défense fondé sur la contrainte, prévu à l'art. 17 du *Code*, ne pouvait, selon les termes mêmes de cet article, être invoqué à l'encontre d'une accusation de meurtre ou de vol qualifié.

21

As noted above, the main holding of the Court was that s. 17 applied only to principals and not to parties, from which it followed that Paquette could rely on the common law defence of duress, to which the restrictions set out in s. 17 did not apply. Martland J. went on, however, to make an observation regarding duress and the mental element of party liability under s. 21(2) of the *Code*, stating (at p. 197):

Comme nous l'avons vu, notre Cour a principalement conclu que l'art. 17 ne s'appliquait qu'aux auteurs principaux d'une infraction et non aux participants, et que Paquette pouvait donc invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, lequel n'était pas visé par les restrictions énoncées à l'art. 17. Le juge Martland fait cependant observer ce qui suit, au sujet de la contrainte et de l'élément moral de la responsabilité du participant au sens du par. 21(2) du *Code* (à la p. 197):

A person whose actions have been dictated by fear of death or of grievous bodily injury cannot be said to have formed a genuine common intention to carry out an unlawful purpose with the person who has threatened him with those consequences if he fails to co-operate. [Emphasis added.]

On ne peut dire d'une personne agissant sous l'effet de menaces de mort ou de lésions corporelles graves, qu'elle a réellement formé le projet de poursuivre une fin illégale avec la personne qui l'a menacée de lui infliger ces sévices si elle refusait de coopérer. [Je souligne.]

The significance of this comment in terms of the judgment as a whole is rather difficult to determine. Martland J. had earlier endorsed the decision of the House of Lords in *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch*, [1975] A.C. 653, in which a majority of the House of Lords had clearly taken the view that the common law defence of duress provided an excuse, rather than operating by negating *mens rea*. Thus, Martland J. evidently did not intend to suggest that duress provides a defence at common law only when the accused's culpable mental state can be said to have been "negated". Instead, he appears to have been holding out an alternative route by which a person charged as a party under s. 21(2) could escape

Il est plutôt difficile d'évaluer l'importance de cette observation par rapport à l'ensemble du jugement. Le juge Martland avait déjà souscrit à l'arrêt *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland c. Lynch*, [1975] A.C. 653, dans lequel la Chambre des lords à la majorité avait clairement affirmé que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte fournissait une excuse et n'avait pas pour effet d'annuler la *mens rea*. Le juge Martland ne voulait donc manifestement pas laisser entendre que la contrainte constitue un moyen de défense en common law seulement dans les cas où l'on peut affirmer que l'état d'esprit coupable de l'accusé a été «annulé». Il semble plutôt avoir énoncé une autre façon dont la personne

criminal liability, distinct from the “defence of duress” *per se* — that is, a “defence” founded not on concepts of excuse or justification, but based instead on the absence of an essential element of the offence.

Seen in this way, *Paquette* stands for the proposition that duress can provide a “defence” in either of two distinct ways — as an excuse, or by “negating” *mens rea*. In the present case, the appellant argues that this is a correct view of the law, and submits that the trial judge erred by not placing both alternatives before the jury. What falls to be considered, therefore, is the validity of the proposition that the *mens rea* for party liability under the *Criminal Code* can be “negated” by threats of death or bodily harm. That is, the Court is called upon to reconsider whether the second aspect of our judgment in *Paquette* reflects a correct understanding of the law of duress in Canada.

(2) Duress and Mens Rea

That threats of death or serious bodily harm can have an effect on a person’s state of mind is indisputable. However, it is also readily apparent that a person who carries out the *actus reus* of a criminal offence in response to such threats will not necessarily lack the *mens rea* for that offence. Whether he or she does or not will depend both on what the mental element of the offence in question happens to be, and on the facts of the particular case. As a practical matter, though, situations where duress will operate to “negate” *mens rea* will be exceptional, for the simple reason that the types of mental states that are capable of being “negated” by duress are not often found in the definitions of criminal offences.

In general, a person who performs an action in response to a threat will know what he or she is doing, and will be aware of the probable consequences of his or her actions. Whether or not he or she desires the occurrence of these consequences

accusée en qualité de participant au sens du par. 21(2) pourrait échapper à la responsabilité criminelle, laquelle est distincte du «moyen de défense fondé sur la contrainte» en tant que tel — c.-à-d. un «moyen de défense» fondé non pas sur des concepts d’excuse ou de justification, mais plutôt sur l’absence d’un élément essentiel de l’infraction.

Vu sous cet angle, l’arrêt *Paquette* établit que la contrainte peut constituer un «moyen de défense» de deux manières différentes — en fournissant une excuse ou en «annulant» la *mens rea*. En l’espèce, l’appellant soutient que c’est là une bonne interprétation du droit applicable et que le juge du procès a commis une erreur en n’exposant pas ces deux possibilités au jury. Nous sommes donc appelés à examiner la validité de la proposition voulant que la *mens rea* applicable à la responsabilité du participant au sens du *Code criminel* puisse être «annulée» par des menaces de mort ou de lésions corporelles. Autrement dit, notre Cour est appelée à réexaminer si le second aspect de notre arrêt *Paquette* reflète une interprétation correcte du droit en matière de contrainte au Canada.

(2) Contrainte et mens rea

Il est incontestable que les menaces de mort ou de lésions corporelles graves peuvent avoir un effet sur l’état d’esprit d’une personne. Toutefois, il est également évident que la *mens rea* ne sera pas nécessairement absente chez la personne qui accomplit l’*actus reus* d’une infraction criminelle à la suite de telles menaces. L’existence ou l’absence de la *mens rea* dépend à la fois de la nature de l’élément moral de l’infraction en cause et des faits de l’affaire. En pratique, pourtant, les cas où la contrainte aura pour effet d’«annuler» la *mens rea* seront exceptionnels, pour la simple raison que les types d’état d’esprit susceptibles d’être «annulés» par la contrainte sont rarement visés par les définitions d’infractions criminelles.

En général, la personne qui accomplit un acte à la suite d’une menace sait ce qu’elle fait et connaît les conséquences probables de son acte. Ce sont les circonstances qui permettent de déterminer si elle désire ou non que ces conséquences se produi-

22

23

24

will depend on the particular circumstances. For example, a person who is forced at gunpoint to drive a group of armed ruffians to a bank will usually know that the likely result of his or her actions will be that an attempt will be made to rob the bank, but he or she may not desire this result — indeed, he or she may strongly wish that the robbers' plans are ultimately foiled, if this could occur without risk to his or her own safety. In contrast, a person who is told that his or her child is being held hostage at another location and will be killed unless the robbery is successful will almost certainly have an active subjective desire that the robbery succeed. While the existence of threats clearly has a bearing on the motive underlying each actor's respective decision to assist in the robbery, only the first actor can be said not to desire that the robbery take place, and neither actor can be said not to have knowledge of the consequences of their actions. To determine whether *mens rea* is "negated" in a particular case, therefore, the first question that must be asked is whether the mental element of the offence in question is defined in such a way that either an actor's motives or his or her immediate desires have any direct relevance. As A. W. Mewett and M. Manning explain:

Mens rea . . . has more than one meaning. It can entail a purpose, a desire to achieve an objective; it can entail merely knowledge that consequences will follow or that circumstances exist; it can entail only recklessness, that is, some advertent or perhaps inadvertent disregard of the consequences or circumstances. What suffices for liability depends upon the particular offence with which we are dealing. If a person is compelled to do an act which he does not wish to do, and therefore does it "against his will", why, it may be asked, does he have a defence not of compulsion but simply of lack of *mens rea*? The answer is that this is quite true, but only if the *mens rea* required for the particular offence in question is of the sort that is negated by a person being compelled to do something against his will.

(*Mewett & Manning on Criminal Law* (3rd ed. 1994), at p. 520.)

25 As Dickson J. (as he then was) observed in *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821, at p. 831, "[t]he mental element of a crime ordinarily

sent. Par exemple, la personne qui est forcée par des voyous armés de les conduire à une banque sait habituellement que le résultat probable de son acte sera une tentative de dévaliser la banque, mais elle ne désire peut-être pas ce résultat — en réalité, elle peut souhaiter vivement que les plans des voleurs soient déjoués, si cela est possible sans que sa sécurité ne soit compromise. Par contre, il est presque certain que la personne qui se fait dire que son enfant est gardé en otage dans un autre endroit, et qu'il sera tué si le vol à main armée échoue, désirera subjectivement qu'il réussisse. Bien que l'existence de menaces ait nettement un effet sur le mobile qui pousse respectivement chaque acteur à aider à perpétrer le vol qualifié, on peut dire seulement du premier acteur qu'il ne désire pas que le vol ait lieu, et on ne peut dire d'aucun de ces acteurs qu'il ne connaît pas les conséquences de son acte. Pour déterminer si la *mens rea* est «annulée» dans un cas donné, il faut donc commencer par se demander si l'élément moral de l'infraction en cause est défini de telle façon que l'un ou l'autre des mobiles de l'acteur ou de ses désirs immédiats sont directement pertinents. Comme l'expliquent A. W. Mewett et M. Manning:

[TRADUCTION] La *mens rea* [. . .] a plus d'un sens. Elle peut s'entendre d'un dessein, d'un désir d'atteindre un objectif; elle peut désigner la simple connaissance que des conséquences suivront ou que certaines circonstances existent; elle peut s'entendre seulement de l'insouciance, c'est-à-dire le mépris conscient ou par inadvertance des conséquences ou des circonstances. Ce qui suffit pour qu'il y ait responsabilité dépend de l'infraction en cause. Si une personne est forcée d'accomplir un acte qu'elle ne veut pas accomplir et qu'elle le fait donc «contre son gré», pourquoi, peut-on se demander, ne peut-elle invoquer pour sa défense non pas la contrainte, mais simplement l'absence de *mens rea*? La réponse est que cela est tout à fait vrai, mais seulement si la *mens rea* requise pour l'infraction en question est du genre qui est annulé lorsque la personne est forcée de faire quelque chose contre son gré.

(*Mewett & Manning on Criminal Law* (3^e éd. 1994), à la p. 520.)

Comme le fait remarquer le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821, à la p. 831, «[l]'élément

involves no reference to motive". Instead, he noted, "[i]n most criminal trials, the mental element, the *mens rea* with which the court is concerned, relates to 'intent'". Intention, however, is distinct from desire or subjective wish. As Lord Simon of Glaisdale (dissenting, but on another issue) stated in *Lynch, supra*, at p. 690:

[A]n *intention* to bring about a consequence of an act can co-exist with a *desire* that such consequence should not ensue [A] *wish* is a particular instance of *desire* [T]herefore, an *intention* to perform an act with foreseen consequences can co-exist with a *wish* not to perform the act or that its consequences should not ensue (this is crucial in considering the juridical effect of duress). [Emphasis in original.]

Parliament is, of course, entitled to define the mental element of criminal offences in whatever manner it sees fit (subject, of course, to the requirements of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: see, for instance, *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; and *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731). Thus, Parliament could choose to make it an element of a given offence that the perpetrator have some particular desire at the time of the commission of the *actus reus*, or even make it a precondition for liability that an actor have a particular motive for performing a prohibited act. In the present appeal, of course, we are not called upon to conduct an exhaustive review of the *Criminal Code* for the purposes of identifying any or all offences with mental elements that might be capable of being negated by duress. Rather, the present case, like *Paquette*, involves the special situation of liability under s. 21 of the *Code*. Thus, our analysis can be restricted to the question of whether the *mens rea* requirements for party liability contained in s. 21 are of the sort that can, in some circumstances, be "negated" by coercion. Since the sole aspect of s. 21 left with the jury in the appellant's trial was s. 21(1)(b), the analysis could, strictly speaking, be restricted to that subsection. It is difficult, however, to embark upon an examination of the mental element of s. 21(1)(b) without being

moral d'un crime ne contient ordinairement aucune référence au mobile». Il fait plutôt observer que, «[d]ans la plupart des procès criminels, l'élément moral, la *mens rea* qui intéresse le tribunal, a trait à «l'intention»». Toutefois, l'intention est distincte du désir ou du souhait subjectif. Comme l'affirme lord Simon of Glaisdale (dissident, mais sur un autre point) dans l'arrêt *Lynch*, précité, à la p. 690:

[TRADUCTION] . . . l'*intention* de provoquer une conséquence d'un acte peut coexister avec le *désir* que cette conséquence ne se réalise pas. [. . .] [L]e *souhait* est une forme particulière de *désir*. [. . .] [P]ar conséquent, l'*intention* d'accomplir un acte dont les conséquences sont prévues peut coexister avec le *souhait* de ne pas l'accomplir ou que ses conséquences ne se réalisent pas (cela est crucial dans l'examen de l'effet juridique de la contrainte). [En italique dans l'original.]

Le législateur a, bien sûr, le droit de définir l'élément moral d'infractions criminelles, comme bon lui semble (sous réserve bien entendu des exigences de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*: voir, par exemple, *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, et *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731). Ainsi, le législateur pourrait choisir de prévoir que, pour qu'une infraction donnée soit commise, son auteur doit avoir eu un certain désir au moment d'accomplir l'*actus reus*, ou même subordonner la responsabilité de l'acteur à l'existence, chez lui, d'un certain mobile l'ayant poussé à accomplir un acte interdit. Dans le présent pourvoi, nous ne sommes pas appelés, naturellement, à faire une analyse approfondie du *Code criminel* afin de relever, en totalité ou en partie, les infractions dont l'élément moral est susceptible d'être annulé par la contrainte. Il est plutôt question ici, comme dans l'arrêt *Paquette*, du cas particulier de la responsabilité fondée sur l'art. 21 du *Code*. Notre analyse peut donc se limiter à la question de savoir si la *mens rea* exigée à l'art. 21 pour la responsabilité du participant est du genre de celle qui, dans certaines circonstances, peut être «annulée» par la contrainte. Comme l'alinéa 21(1)(b) est le seul aspect de l'art. 21 qui a été soumis à l'appréciation du jury au procès de l'appellant, l'analyse pourrait, à proprement parler, se limiter à cette dis-

seen as inferentially commenting on s. 21(2), thereby calling into question the Court's holding in *Paquette, supra*. In my view, in order to avoid creating undue confusion and uncertainty in the law, it is appropriate that we address the issue of the continued validity of *Paquette's* statements on the relation between duress and *mens rea* under s. 21(2) head on. I will thus extend my analysis beyond what is strictly necessary for the resolution of the present appeal by, considering s. 21(2) in addition to s. 21(1)(b).

(3) The *Mens Rea* Requirements for Party Liability Under Section 21

(a) *Section 21(1)(b)*

26

As noted earlier, s. 21(1)(b) imposes criminal liability as a party on anyone who "does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit" an offence. Although a person who is a party to an offence is guilty of committing that offence, rather than a separate crime (as is the case for accessories after the fact), s. 21(1)(b) contains its own *mens rea* requirement, distinct from that applicable to the principal who actually commits the underlying offence. As the subsection states, party liability as an "aider" requires acts or omissions "for the purpose" of aiding the commission of the offence. In order to understand what effect, if any, duress might have on the *mens rea* of an aider, it is thus necessary to determine what "for the purpose" means in this context.

position. Il est cependant difficile de procéder à l'examen de l'élément moral de l'al. 21(1)b) sans donner l'impression de faire, par déduction, des observations sur le par. 21(2), mettant ainsi en doute notre conclusion dans l'arrêt *Paquette*, précité. À mon avis, il convient, pour éviter toute confusion et toute incertitude indues dans le droit, de se demander franchement si les énoncés de l'arrêt *Paquette* sont toujours valables en ce qui a trait au lien entre la contrainte et la *mens rea* visée au par. 21(2). Je vais donc élargir la portée de mon analyse au delà de ce qui est strictement nécessaire pour trancher le présent pourvoi, en étudiant le par. 21(2) en plus de l'al. 21(1)b).

(3) La *mens rea* requise pour la responsabilité du participant au sens de l'art. 21

a) *L'alinéa 21(1)b)*

Comme nous l'avons déjà vu, est criminellement responsable à titre de participant à une infraction, aux termes de l'al. 21(1)b), quiconque «accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre». Quoique la personne qui participe à une infraction soit coupable d'avoir commis cette infraction, plutôt qu'un crime distinct (comme c'est le cas du complice après le fait), l'al. 21(1)b) comporte sa propre exigence de *mens rea*, distincte de celle applicable à l'auteur réel de l'infraction en question. Comme le précise l'alinéa, pour qu'une personne soit reconnue responsable d'avoir «aidé» à commettre une infraction, elle doit avoir accompli ou omis d'accomplir quelque chose «en vue» («*for the purpose*») d'aider quelqu'un à commettre l'infraction. Pour comprendre quel effet, s'il en est, la contrainte pourrait avoir sur la *mens rea* de la personne qui aide à commettre une infraction, il est donc nécessaire de déterminer le sens de l'expression «*for the purpose*» («en vue») dans ce contexte. (L'analyse qui suit a porté sur le texte anglais de l'al. 21(1)b). Toutefois, comme l'expression «en vue», utilisée dans la version française, présente la même difficulté, les commentaires qui suivent sont également pertinents en ce qui la concerne.)

It is impossible to ascribe a single fixed meaning to the term “purpose”. In ordinary usage, the word is employed in two distinct senses. One can speak of an actor doing something “on purpose” (as opposed to by accident) thereby equating purpose with “immediate intention”. The term is also used, however, to indicate the ultimate ends an actor seeks to achieve, which imports the idea of “desire” into the definition. This dual sense is apparent in the word’s dictionary definition. For instance, the *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989) defines “purpose” alternatively as “[t]hat which one sets before oneself as a thing to be done or attained; the object which one has in view” and as “[t]he action or fact of intending or meaning to do something; intention, resolution, determination”. The first of these definitions reflects the notion of one’s “purpose” as relating to one’s ultimate object or desire, while the latter conveys the notion of “purpose” as being synonymous with “intention”.

Commentators who have considered the meaning of “purpose” in definitions of criminal offences have come to differing conclusions on the question of which of these alternate meanings is more appropriate in this context. Professor E. Colvin, for instance, argues on behalf of the “purpose as desire” interpretation in his text *Principles of Criminal Law* (2nd ed. 1991). He states (at pp. 121-22):

The terms “direct intention” and “desire” are sometimes used instead of purpose. The latter term, however, best describes the relevant state of mind. In ordinary language descriptions of action, the concept of purpose usually refers to an actor’s *reasons* for doing what he did . . . [Emphasis in original.]

According to Colvin, “an actor’s purpose was to accomplish something if the prospect of its occurrence played a causal role in his decision to do what he did” (p. 122). The actor’s knowledge that his actions will result in the occurrence, however, is not determinative. As Colvin states (at p. 123):

Il est impossible d’attribuer un seul sens fixe au mot «*purpose*». Dans le langage courant, il est employé dans deux sens différents. On peut dire que quelqu’un accomplit quelque chose «*on purpose*» («à dessein») (par opposition à accidentellement) et, dans ce cas, le mot «*purpose*» équivaut à l’«intention immédiate». Toutefois, le mot est également utilisé pour décrire le but ultime que quelqu’un vise, ce qui connote l’idée de «désir». Ce double sens ressort de la définition donnée par les dictionnaires. Par exemple, l’*Oxford English Dictionary* (2^e éd. 1989) définit ainsi le terme «*purpose*»: [TRADUCTION] «[c]e que l’on se propose de faire ou d’atteindre, l’objet que l’on vise» et «[l]e fait de vouloir ou compter faire quelque chose; intention, résolution, détermination». La première de ces définitions traduit l’idée d’un but ou d’un désir ultime, tandis que la seconde assimile le «*purpose*» à l’«intention».

Les commentateurs qui ont étudié le sens du mot «*purpose*» dans les définitions d’infractions criminelles sont arrivés à des conclusions différentes quant à savoir lequel de ces sens convient le mieux dans ce contexte. Le professeur E. Colvin, par exemple, préconise l’idée du «désir» dans son ouvrage *Principles of Criminal Law* (2^e éd. 1991). Il affirme, aux pp. 121 et 122:

[TRADUCTION] Les termes «*direct intention*» («intention directe») et «*desire*» («désir») sont parfois employés au lieu de «*purpose*». C’est toutefois le dernier mot qui décrit le mieux l’état d’esprit pertinent. Dans le langage courant, la notion véhiculée par le terme «*purpose*» désigne habituellement les *reasons* pour lesquelles une personne a agi comme elle l’a fait. . . [En italique dans l’original.]

D’après Colvin, [TRADUCTION] «le dessein (*purpose*) d’un acteur était d’accomplir quelque chose si l’espoir que cette chose se réalise a joué un rôle causal dans sa décision de faire ce qu’il a fait» (p. 122). La connaissance par l’acteur du fait que ses actes provoqueront la réalisation de cette chose n’est cependant pas déterminante. Comme le dit Colvin, à la p. 123:

If it is to be concluded that an actor's purpose in doing something did not include an outcome which was foreseen, then the actor must have been genuinely opposed or indifferent to it. Purpose is not negated where an actor *chose* to bring about the outcome as a means of attaining some further objective. [Emphasis in original.]

29

Other commentators, however, have questioned this equation of "purpose" with "desire", arguing instead that a person who consciously performs an act knowing the consequences that will (with some degree of certainty) flow from it "intends" these consequences or causes them "on purpose", regardless of whether he or she desired them. As Mewett and Manning state:

[T]he distinction between purpose/intent and knowledge/intent does not work, because if there is, given an awareness of the consequences of an act, a freedom of choice as to whether one acts or not, by choosing to act those consequences have been chosen. If intent is the choosing of consequences, it does not make any difference to the existence of the intent whether the accused wants those consequences to follow or merely knows that they will follow, without necessarily desiring them to do so.

"Intent", is not a very descriptive word. *Mens rea* connotes volition on the part of the accused, that is to say, given an awareness that certain consequences will follow (or will probably follow) if he acts, an accused who chooses to act when he has the alternative of not acting "intends" those consequences in the sense of choosing to bring them about. It seems not only unnecessary but positively misleading to attempt to distinguish between purpose/intent and knowledge/intent.

(*Criminal Law* (2nd ed. 1985), at p. 113.)

A similar argument is made by the English authors J. C. Smith and B. Hogan:

[A] person may know that he cannot achieve his purpose, A, without bringing about some other result, B. If he is to bring about A, he knows he must also, at the same time or earlier, bring about B. It may be that, in any other circumstances, he would much rather B did not happen, indeed its occurrence may be abhorrent to him. But, the choice being between going without A and

[TRADUCTION] Si on doit conclure que le dessein (*purpose*) d'un acteur, en accomplissant quelque chose, n'incluait pas un résultat prévu, alors celui-ci doit avoir été véritablement opposé ou indifférent à ce résultat. Le dessein n'est pas annulé lorsque l'acteur *a choisi* de provoquer le résultat comme moyen de réaliser quelque autre objectif. [En italique dans l'original.]

D'autres commentateurs ont toutefois mis en doute cette assimilation de «*purpose*» à «*desire*», faisant plutôt valoir que la personne qui accomplit un acte consciemment et en connaissance des conséquences qui en découleront (avec plus ou moins de certitude) a l'«*intention*» que celles-ci se réalisent ou les provoque «à dessein», peu importe qu'elle les désire ou non. Comme le soutiennent Mewett et Manning:

[TRADUCTION] . . . la distinction entre *purpose/intent* (dessein/intention) et *knowledge/intent* (connaissance/intention) ne fonctionne pas parce que si, en raison d'une connaissance des conséquences d'un acte, on a le libre choix d'agir ou non, en choisissant d'agir on a choisi ces conséquences. Si l'intention consiste à choisir des conséquences, il ne fait aucune différence, sur le plan de l'intention, que l'accusé veuille que ces conséquences s'ensuivent ou qu'il sache seulement qu'elles s'ensuivront, sans nécessairement les désirer.

Le terme «*intention*» n'est pas très descriptif. La *mens rea* connote l'idée de volonté chez l'accusé, c'est-à-dire que, à supposer qu'il soit conscient que certaines conséquences s'ensuivront réellement (ou probablement) s'il agit, l'accusé qui choisit d'agir quand il a la possibilité de ne pas le faire «*veut*» ces conséquences en ce sens qu'il choisit de les causer. Il semble non seulement inutile, mais encore positivement trompeur de tenter de différencier dessein/intention et connaissance/intention.

(*Criminal Law* (2^e éd. 1985), à la p. 113.)

Les auteurs anglais J. C. Smith et B. Hogan avancent un argument semblable:

[TRADUCTION] . . . une personne peut savoir qu'elle ne peut pas réaliser son but, soit A, sans causer un autre résultat, soit B. Si elle cause A, elle sait qu'elle doit aussi, en même temps ou préalablement, causer B. Il se peut que, dans toute autre situation, elle eût préféré que B ne se produise pas. En fait, la réalisation de B peut lui répugner. Mais comme elle doit choisir entre se passer

having A and B, he decides to have A and B. It seems fair to say that he intends to cause B as well as A.

(*Criminal Law* (7th ed. 1992), at p. 55.)

As this debate reveals, the term “purpose” is capable of bearing two distinct meanings, both of which can be supported by reasoned arguments. In a case, such as this one, where an interpretation of the term in a specific statutory context is required, the court’s task is to determine which of the two possible meanings best accords with Parliament’s intention in drafting the particular statutory provision at issue. In other words, our task in the present case is to consider the meaning of “purpose” as it is employed in s. 21(1)(b) of the *Code* in light of the Parliamentary objective underlying the subsection. It must be emphasized, however, that the word “purpose” is employed in many different sections of the *Criminal Code*, in a number of distinct contexts. My conclusions in the present case on the proper interpretation of the word “purpose” as it is employed in s. 21(1)(b) of the *Code* are thus restricted to this particular subsection. It may well be that in the context of some other statutory provision a different interpretation of the term will prove to be the most appropriate.

As I said, when Parliament drafts a statute in language that, on its face, supports more than one meaning, it is appropriate for a court to consider which of the alternative interpretations that are available best accords with Parliament’s intention (see my remarks in *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at pp. 697ff.). As I will explain, I am of the view that in the context of s. 21(1)(b) of the *Code*, the second of the two meanings of “purpose” discussed above — that is, the interpretation that equates “purpose” with “intention” — best reflects the legislative intent underlying the subsection. In contrast, adopting the first interpretation of “purpose” (the “purpose” equals “desire” interpretation) to describe the *mens rea* for aiding in s. 21(1)(b) would, in my view, create a number of theoretical and practical difficulties that Parliament is unlikely to have envisioned or intended.

de A et avoir A et B, elle décide d’avoir A et B. Il semble équitable d’affirmer que son intention est de causer B autant que A.

(*Criminal Law* (7^e éd. 1992), à la p. 55.)

Comme ce débat le révèle, le terme «*purpose*» peut avoir deux sens distincts, tous deux défendables rationnellement. Dans un cas comme la présente affaire, lorsque ce terme doit être interprété dans un contexte légal précis, il incombe à la cour de décider lequel des deux sens possibles est le plus conciliable avec l’intention que le législateur avait en rédigeant la disposition en cause. Autrement dit, notre tâche consiste, dans la présente affaire, à analyser le sens du mot «*purpose*» tel qu’il est utilisé à l’al. 21(1)b) du *Code*, en tenant compte de l’objectif visé par le législateur en adoptant cette disposition. Il faut cependant souligner que le mot «*purpose*» est employé, dans plusieurs dispositions du *Code criminel*, dans un certain nombre de contextes différents. Mes conclusions, en l’espèce, sur la façon appropriée d’interpréter le mot «*purpose*» utilisé à l’al. 21(1)b) du *Code* sont donc limitées à cette disposition particulière. Il se peut fort bien que, dans le contexte d’une autre disposition législative, une interprétation différente du terme s’avère la plus convenable.

Je le répète, quand le législateur rédige une loi dans des termes qui, à première vue, peuvent avoir plusieurs sens, il convient que la cour détermine lequel de ceux-ci est le plus compatible avec l’intention du législateur (voir mes observations dans l’arrêt *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, aux pp. 697 et suiv.). Comme je vais l’expliquer, je suis d’avis que, dans le contexte de l’al. 21(1)b) du *Code*, le second des deux sens du terme «*purpose*» étudiés plus haut — c.-à-d. l’interprétation consistant à assimiler ce terme à l’«*intention*» — est celui qui traduit le mieux l’intention que le législateur avait en rédigeant cet alinéa. Par contre, adopter la première interprétation du terme «*purpose*» (au sens de «*désir*») pour décrire la *mens rea* relative à l’aide dont il est question à l’al. 21(1)b) créerait, à mon sens, un certain nombre de difficultés théoriques et pratiques que le législateur n’a vraisemblablement pas envisagées ni voulues.

30

31

32

The problems associated with the “purpose equals desire” interpretation are several. First, incorporating the accused’s feelings about the desirability of the commission of an offence by the principal into the definition of the *mens rea* for “aiding” can result in distinctions being made which appear arbitrary and unreasonable in light of the policy underlying s. 21(1)(b). As Professor Colvin notes, under the “purpose equals desire” interpretation a person would not be guilty of aiding in the commission of an offence if he or she were “genuinely opposed or indifferent to it” (p. 123). The reason for the aider’s indifference or opposition would be immaterial. The perverse consequences that flow from this are clearly illustrated by the following hypothetical situation described by Mewett and Manning:

If a man is approached by a friend who tells him that he is going to rob a bank and would like to use his car as the getaway vehicle for which he will pay him \$100, when that person is . . . charged under s. 21 for doing something for the purpose of aiding his friend to commit the offence, can he say “My purpose was not to aid the robbery but to make \$100”? His argument would be that while he knew that he was helping the robbery, his desire was to obtain \$100 and he did not care one way or the other whether the robbery was successful or not.

(*Criminal Law, supra*, at p. 112.)

I agree with the authors’ conclusion that “[t]hat would seem an absurd result” (p. 112). As I noted in *McIntosh, supra*, at pp. 704-5, “[a]bsurdity is a factor to consider in the interpretation of ambiguous statutory provisions”. That is, to quote the words of La Forest J.A. (as he then was) in *New Brunswick v. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201, at p. 210, “[t]he fact that the words as interpreted would give an unreasonable result . . . is certainly ground for the courts to scrutinize a statute carefully to make abundantly certain that those words are not susceptible of another interpretation”. In my view, the absurdity that would flow from the equation of “purpose” with “desire” cannot legitimately be ascribed to Parliamentary intention. This serves to cast consid-

Plusieurs problèmes sont liés à l’interprétation voulant que le mot «*purpose*» s’entende d’un «*désir*». Premièrement, l’incorporation, dans la définition de la *mens rea* relative à l’«*aide*», des sentiments de l’accusé quant au caractère souhaitable de la perpétration de l’infraction par l’auteur principal, risque d’entraîner des distinctions qui paraissent arbitraires et déraisonnables à la lumière de la politique qui sous-tend l’al. 21(1)b). Comme le fait remarquer le professeur Colvin, suivant l’interprétation voulant que le mot «*purpose*» s’entende d’un «*désir*», une personne ne serait pas coupable d’avoir aidé à commettre une infraction si elle était «*véritablement opposée ou indifférente à [sa perpétration]*» (p. 123). La raison de son indifférence ou de son opposition serait sans importance. Les conséquences malencontreuses qui en découlent sont clairement illustrées par la situation hypothétique suivante décrite par Mewett et Manning:

[TRADUCTION] Un homme se fait dire par un ami qu’il va dévaliser une banque, qu’il aimerait utiliser sa voiture pour s’enfuir et qu’il lui versera 100 \$ en échange de ce service. Lorsqu’il est [. . .] accusé, en vertu de l’art. 21, d’avoir accompli quelque chose en vue d’aider son ami à commettre l’infraction, cet homme peut-il dire «*Mon but était non pas d’aider à commettre le vol, mais de gagner 100 \$*»? Il soutiendrait que, même s’il savait qu’il aidait à commettre le vol, son désir était d’obtenir les 100 \$ et il lui était parfaitement égal que le vol réussisse ou non.

(*Criminal Law, op. cit.*, à la p. 112.)

Je suis d’accord avec la conclusion des auteurs, selon laquelle [TRADUCTION] «*[c]e résultat semblerait absurde*» (p. 112). Comme je l’ai fait observer dans l’arrêt *McIntosh*, précité, aux pp. 704 et 705, «*[l]’absurdité est un facteur dont il faut tenir compte dans l’interprétation de dispositions législatives ambiguës*». Autrement dit, pour reprendre les propos du juge La Forest (maintenant juge puîné de notre Cour), dans l’arrêt *New Brunswick c. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 R.N.-B. (2^e) 201, à la p. 230, [TRADUCTION] «*le fait que les termes, selon l’interprétation qu’on leur donne, conduiraient à un résultat déraisonnable constitue certainement une raison pour motiver les tribunaux à examiner minutieusement une loi pour bien s’assurer que ces termes ne sont pas suscep-*

erable doubt on the correctness of this interpretation of the word "purpose" in this context, especially when one recalls that there exists an alternative interpretation of the word that can just as accurately be said to reflect its "plain meaning", under which this absurdity would be avoided.

A further guide to Parliament's intention can be gleaned from an examination of the common law governing party liability. Although s. 21 of the *Code* was intended to simplify the law governing parties by eliminating the old distinctions drawn at common law between principals in the first and second degree, accessories before the fact, etc., there is no indication, in the section or elsewhere, of any intention by Parliament to radically alter the basic principles of party liability, including its mental element. As Mewett and Manning state:

It must . . . be kept in mind that the conduct that gave rise to criminal liability at common law remains the basis of modern liability and while the former labels have gone, the principles remain.

(*Mewett & Manning on Criminal Law, supra*, at p. 268.)

For this reason, cases dealing with party liability at common law can be instructive when interpreting s. 21 of the *Code*.

The leading English case on the issue of whether duress negates the *mens rea* of parties to offences (under the common law governing party liability) is the House of Lords' decision in *Lynch, supra*. As Professor G. Williams observes in his *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at p. 624:

The view taken by the majority of the House of Lords in *Lynch* was that duress is a defence on its own, and does

tibles de recevoir une autre interprétation». À mon avis, on ne saurait légitimement affirmer que le législateur a voulu l'absurdité qui découlerait de l'interprétation selon laquelle le mot «*purpose*» s'entend d'un «*désir*». Cela contribue à mettre en doute sérieusement l'exactitude de cette interprétation du mot «*purpose*» dans ce contexte, surtout lorsqu'on se rappelle qu'il existe une autre interprétation de ce mot qui permettrait d'éviter cette absurdité et dont on peut dire, avec autant d'exactitude, qu'elle traduit son «*sens clair*».

L'intention du législateur se dégage en outre de la common law en matière de responsabilité des participants. Bien que l'art. 21 du *Code* ait été conçu pour simplifier le droit applicable aux participants à une infraction, en éliminant les anciennes distinctions que faisait la common law entre les auteurs au premier et au second degré, le complice avant le fait, etc., rien n'indique, dans cet article ou ailleurs, que le législateur a voulu modifier radicalement les principes fondamentaux de la responsabilité des participants, y compris son élément moral. Comme l'affirment Mewett et Manning:

[TRADUCTION] Il faut [. . .] garder à l'esprit que la conduite qui déclenchait la responsabilité criminelle en common law demeure le fondement de la responsabilité de nos jours et, quoique la terminologie utilisée ait changé, les principes demeurent.

(*Mewett & Manning on Criminal Law, op. cit.*, à la p. 268.)

C'est pourquoi la jurisprudence concernant la responsabilité du participant en common law peut être intéressante pour interpréter l'art. 21 du *Code*.

En Angleterre, l'arrêt de principe sur la question de savoir si la contrainte annule la *mens rea* des participants à une infraction (selon la common law applicable à la responsabilité des participants) est l'arrêt *Lynch*, précité, de la Chambre des lords. Comme le fait observer le professeur G. Williams dans *Textbook of Criminal Law* (2^e éd. 1983), à la p. 624:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Lynch*, la Chambre des lords à la majorité était d'avis que la contrainte est un moyen

not negative either the doing of the act charged or the *mens rea*. This is plainly right.

Although five separate speeches were delivered in *Lynch*, the general tenor of the reasons of those members of the House who considered the issue is typified by Lord Edmund-Davies' statement (at p. 710) that:

At the end of the day, the defence of duress is probably best evaluated without reference to its supposed relation to either *actus reus* or *mens rea*, for, in the words of Professor Turpin [1972] C.L.J. 205, "not every morally exculpatory circumstance has a necessary bearing on these legal ingredients of crime."

While another aspect of the judgment in *Lynch* — the holding that the common law defence of duress was available to persons charged with aiding or abetting murder — was subsequently overruled in *R. v. Howe*, [1987] 1 A.C. 417, in *Howe* the House of Lords confirmed the statements that had been made in *Lynch* on the relation between duress and *mens rea*. As Lord Hailsham of Marylebone L.C. stated in *Howe* (at p. 428):

The . . . unacceptable view is that, possibly owing to a misunderstanding which has been read into some judgments, duress as a defence affects only the existence or absence of *mens rea*. The true view is stated by Lord Kilbrandon (of the minority) in *Lynch* [1975] A.C. 653 and by Lord Edmund-Davies (of the majority) in his analysis at p. 709.

Lord Bridge of Harwich took a similar position, declaring (at p. 436), with reference to *Lynch*, that "[t]he theory that the party acting under duress is so far deprived of volition as to lack the necessary criminal intent has been clearly shown to be fallacious"

de défense en soi et qu'elle n'annule ni l'élément matériel de l'infraction reprochée, ni la *mens rea*. Cela est tout à fait exact.

Bien que cinq lords juges aient rédigé des motifs séparés dans l'arrêt *Lynch*, la teneur générale des motifs de ceux qui ont étudié la question ressort des propos de lord Edmund-Davies (à la p. 710):

[TRADUCTION] En fin de compte, il vaut probablement mieux évaluer le moyen de défense fondé sur la contrainte sans égard à son prétendu lien avec l'*actus reus* ou la *mens rea*, car, pour reprendre les propos du professeur Turpin, [1972] C.L.J. 205, «ce ne sont pas toutes les circonstances moralement disculpatoires qui ont nécessairement une incidence sur ces éléments juridiques du crime».

Bien que, dans l'arrêt *R. c. Howe*, [1987] 1 A.C. 417, l'arrêt *Lynch* n'ait pas été suivi sur un autre point — soit la conclusion que la personne accusée d'avoir aidé ou encouragé à commettre un meurtre peut invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte — la Chambre des lords, dans l'arrêt *Howe*, a confirmé les énoncés de l'arrêt *Lynch* sur le lien entre la contrainte et la *mens rea*. Comme l'affirme le lord chancelier Hailsham of Marylebone dans l'arrêt *Howe* (à la p. 428):

[TRADUCTION] La position inadmissible [. . .], possiblement à cause d'une interprétation erronée de certains arrêts, consiste à dire que la contrainte en tant que moyen de défense ne touche que l'existence ou l'absence de *mens rea*. Le bon point de vue est exprimé par lord Kilbrandon (de la minorité) dans l'arrêt *Lynch*, [1975] A.C. 653, et lord Edmund-Davies (de la majorité) dans son analyse à la p. 709.

Lord Bridge of Harwich adopte un point de vue analogue, déclarant (à la p. 436), à propos de l'arrêt *Lynch*, que [TRADUCTION] «[l]a fausseté de la théorie selon laquelle la partie agissant sous la contrainte est privée de volonté au point de ne pas avoir l'intention criminelle nécessaire a clairement été démontrée . . . »

These English cases reveal that the *mens rea* for party liability at common law is not of the sort that is capable of being "negated" by duress. Put another way, it is not a precondition for party lia-

Il ressort de ces précédents anglais que la *mens rea* nécessaire à la responsabilité du participant en common law n'est pas du genre susceptible d'être «annulé» par la contrainte. Autrement dit, il n'est

bility at common law that an accused actively desire that the underlying criminal offence be successfully committed. As Lord Morris of Borth-y-Gest stated in *Lynch*, *supra*, at p. 678 (referring to the facts in that case):

If in the present case the jury were satisfied that the car was driven towards the garage in pursuance of a murderous plan and that the appellant knew that that was the plan and intentionally drove the car in execution of that plan, he could be held to have aided and abetted even though he regretted the plan or indeed was horrified by it. However great his reluctance, he would have intended to aid and abet.

The position at common law, of course, does not in and of itself determine the meaning to be ascribed to the word “purpose” in the context of s. 21(1)(b) of the *Code*. It can, however, provide useful guidance when it comes to choosing between the two interpretations of the term that are available — one that accords with the common law position and the other that contradicts it. In the absence of reason to believe that Parliament intended its enactment of s. 21(1)(b) to radically alter the common law principles governing party liability, the interpretation that accords with the common law would seem to also be the most likely to accurately embody Parliament’s intentions. This observation strengthens my conclusion that Parliament’s use of the term “purpose” in s. 21(1)(b) should not be seen as incorporating the notion of “desire” into the mental state for party liability, and that the word should instead be understood as being essentially synonymous with “intention”.

This interpretation is, moreover, consistent with the approach that has been taken on previous occasions by this Court in connection with s. 21(1)(b). In *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74, for instance, Cory J. (writing for a majority of the Court) stated (at p. 88):

[T]he person aiding or abetting the crime [of murder] must intend that death ensue or intend that he or the

pas nécessaire, pour que la responsabilité du participant en common law soit engagée, que l’accusé désire activement que l’infraction criminelle soit perpétrée avec succès. Comme le dit lord Morris of Borth-y-Gest dans l’arrêt *Lynch*, précité, à la p. 678 (au sujet des faits de cette affaire):

[TRADUCTION] Si, en l’espèce, le jury était convaincu que la voiture a été conduite vers le garage en vue de mettre à exécution un projet de meurtre et que l’appelant connaissait l’existence de ce projet et a conduit intentionnellement la voiture pour mettre à exécution le projet, il pourrait être déclaré coupable d’avoir aidé et encouragé, même s’il regrettait le projet, ou même était horrifié par celui-ci. Si grande que sa répugnance ait été, il aurait eu l’intention d’aider ou d’encourager.

Bien entendu, le position de la common law ne détermine pas en soi le sens à donner au mot «*purpose*» dans le contexte de l’al. 21(1)*b* du *Code*. Elle peut cependant fournir des indications utiles lorsque vient le temps de choisir entre les deux interprétations possibles du mot — l’une qui concorde avec la position de la common law, l’autre qui s’y oppose. En l’absence de raisons de croire que le législateur a voulu, en adoptant l’al. 21(1)*b*, modifier radicalement les principes de common law en matière de responsabilité des participants, il semblerait que l’interprétation qui s’accorde avec la common law soit aussi la plus susceptible de traduire exactement l’intention du législateur. Cette observation renforce ma conclusion qu’il ne faut pas voir dans l’emploi du terme «*purpose*», à l’al. 21(1)*b*, l’intention du législateur d’incorporer la notion de «*désir*» dans l’état d’esprit requis pour que la responsabilité du participant soit engagée, et que ce mot doit plutôt être considéré comme étant essentiellement synonyme d’«*intention*».

Cette interprétation est, en outre, conforme au point de vue que notre Cour a adopté, dans le passé, au sujet de l’al. 21(1)*b*. Dans l’arrêt *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74, par exemple, le juge Cory affirme, au nom de la majorité, à la p. 88:

... celui qui aide ou qui encourage une personne à commettre le crime [de meurtre] doit avoir l’intention que la mort s’ensuive ou avoir l’intention que l’auteur du crime ou lui-même cause des lésions corporelles de

36

37

perpetrator cause bodily harm of a kind likely to result in death and be reckless whether death ensues or not.

It is implicit in this statement that there is no requirement under s. 21(1)(b) that the person charged as a party “desire” that the victim die (that is, subjectively wish that this result come to pass), just as the principal’s intent to kill is not negated even if, all other things being equal, he or she regrets the fact that he or she is killing the victim. Similarly, in *R. v. Jackson*, [1993] 4 S.C.R. 573, the Court commented on the mental element for conviction of murder as a party under s. 21(1). Writing for the Court, McLachlin J. stated (at p. 581):

In this case, Jackson [the principal] committed the offence of murder. It was open on the evidence for the jury to find that Davy aided and abetted him in that offence, and is guilty under s. 21(1)(b) and (c) of the *Criminal Code*. If he possessed the necessary *mens rea* for murder he could be guilty of murder.

Since the *mens rea* requirement for murder is satisfied if the accused means to cause the victim bodily harm that he knows is likely to cause his death, it can be inferred that the Court in *Jackson* did not believe that s. 21(1) imposed any additional requirement that an aider or abettor subjectively approve of or desire the victim’s death.

38 Finally, I am satisfied that the interpretation of the *mens rea* for liability under s. 21(1)(b) that I am proposing will not result in unjust convictions in cases involving coercion by threats of death or bodily harm, since in these cases the common law defence of duress will remain available to the accused. As I will explain shortly, this defence, properly understood, provides an excuse to persons who assist in the commission of offences as a result of threats of serious violence. On the other hand, interpreting “purpose” as equivalent to “desire” in s. 21(1)(b) would result in the introduction of unnecessary complication into the law. Under such an interpretation, juries in duress cases would have to be provided with extremely com-

nature à causer la mort et qu’il lui soit indifférent que la mort s’ensuive ou non.

Il ressort implicitement de ces propos que l’al. 21(1)(b) n’exige pas que la personne inculpée de participation «désire» la mort de la victime (c’est-à-dire qu’elle souhaite subjectivement que ce résultat se produise), tout comme l’intention de tuer de l’auteur principal n’est pas annulée même si, toutes autres choses étant égales, il regrette de la tuer. De même, dans l’arrêt *R. c. Jackson*, [1993] 4 R.C.S. 573, la Cour a fait des observations sur l’élément moral requis pour prononcer une déclaration de culpabilité de meurtre contre un participant au sens du par. 21(1). Le juge McLachlin affirme, au nom de la Cour, aux pp. 581 et 582:

En l’espèce, Jackson [l’auteur principal] a commis l’infraction de meurtre. Compte tenu de la preuve produite, il était loisible au jury de conclure que Davy l’avait aidé et encouragé à la commettre et qu’il était coupable en vertu des al. 21(1)(b) et c) du *Code criminel*. S’il possédait la *mens rea* requise pour le meurtre, il pouvait être coupable de cette infraction.

Comme la *mens rea* requise pour le meurtre existe si l’accusé a l’intention d’infliger à la victime des lésions corporelles qu’il sait être de nature à causer sa mort, on peut conclure que la Cour n’a pas cru, dans l’arrêt *Jackson*, que le par. 21(1) exige de plus que celui qui aide ou encourage à commettre une infraction approuve ou désire subjectivement la mort de la victime.

Finalement, je suis convaincu que l’interprétation que je propose de la *mens rea* requise pour qu’il y ait responsabilité au sens de l’al. 21(1)(b) n’entraînera pas de déclarations de culpabilité injustes dans des cas de contrainte par menaces de mort ou de lésions corporelles, puisque, dans ces cas, l’accusé pourra toujours invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. Comme je vais l’expliquer sous peu, ce moyen de défense, interprété comme il se doit, fournit une excuse aux personnes qui aident quelqu’un à commettre une infraction par suite de menaces de violence grave. En revanche, assimiler à un «désir» le mot «*purpose*» utilisé à l’al. 21(1)(b) compliquerait inutilement le droit. Selon cette interprétation, il

plex instructions that would, in the end, have very little, if any, impact on the final determination of guilt or innocence. As a matter of logic, the issue of whether an accused can invoke an excuse or justification arises only after the Crown has proven the existence of all the elements of the offence, including *mens rea*. Thus, if “purpose” were understood as incorporating “desire”, and hence as being susceptible to “negation” by duress, trial judges would have to instruct juries accordingly. This would require judges, and juries, to delve into the arcane issue of whether a person who intentionally commits an offence in order to save his or her own skin commits the offence “on purpose” — a question of some philosophical significance, perhaps, but no easy matter for a judge to explain succinctly, or for a jury to comprehend readily. At the same time, trial judges would also have to provide juries with alternative instructions on the excuse-based common law defence of duress. While in many cases an aider who actively desires the commission of the offence he or she aids will not be able to legitimately claim that he or she acted under duress, this will not inevitably be so (consider, for instance, the hypothetical example, discussed earlier, of the parent whose child is held hostage by confederates of robbers, who is told that the child will be released unharmed only if he or she assists in the successful commission of a robbery). Consequently, in at least some cases juries would be forced to consider two alternate legal routes leading to an acquittal by reason of duress. This complication would, however, have little or no practical effect, since there will be few, if any, cases involving parties in which a “defence” of “negation of *mens rea* by duress” would succeed where recourse to the excuse-based common law defence of duress would not also lead to an acquittal. As Professor D. Stuart observes (*Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed. 1995)), introducing the notion of duress “negating” *mens rea* into the analysis serves only to

faudrait, dans les cas de contrainte, donner aux jurés des directives extrêmement complexes qui, en définitive, auraient peu ou pas d’incidence sur la détermination finale de l’innocence ou de la culpabilité de l’accusé. En toute logique, la question de savoir si un accusé peut invoquer une excuse ou une justification ne se pose qu’après que le ministère public a prouvé l’existence de tous les éléments de l’infraction, y compris la *mens rea*. En conséquence, si le mot «*purpose*» était assimilé à un «*désir*», et donc considéré comme susceptible d’«*annulation*» par la contrainte, le juge du procès devrait donner au jury des directives en conséquence. Le juge et le jury se verraient obligés d’examiner à fond la question obscure de savoir si la personne qui commet intentionnellement une infraction afin de sauver sa peau la commet «à dessein» («*on purpose*») — une question qui a peut-être une certaine importance sur le plan philosophique, mais qui n’est ni facile à expliquer brièvement pour le juge, ni facile à comprendre pour le jury. En même temps, le juge du procès devrait également donner au jury d’autres directives portant cette fois sur la défense de common law de la contrainte, qui est fondée sur une excuse. Quoique, dans bien des cas, celui qui désire activement la perpétration de l’infraction qu’il aide à commettre ne puisse pas faire valoir légitimement qu’il a agi sous la contrainte, ce ne sera pas inévitablement le cas (prenons, par exemple, le cas hypothétique, déjà analysé, du parent dont l’enfant est pris en otage par des complices de voleurs et qui se fait dire que l’enfant sera libéré sain et sauf seulement s’il aide à commettre un vol avec succès). Par conséquent, dans certains cas tout au moins, le jury serait forcé d’examiner deux moyens de droit distincts pouvant justifier l’acquiescement pour cause de contrainte. Cette complication aurait cependant peu ou pas d’effet pratique, puisqu’il y aura peu de cas, voire aucun, où un participant invoquerait avec succès un «moyen de défense» fondé sur l’«annulation de la *mens rea* par la contrainte», et où le recours à la défense de common law de la contrainte, fondée sur une excuse, n’entraînerait pas également un acquiescement. Comme le fait observer le professeur D. Stuart (*Canadian Criminal Law: A Treatise* (3^e éd. 1995)), l’introduction, dans l’analyse, de la notion de contrainte «annu-

muddy the conceptual waters. As he points out (at p. 420):

The advantages [of viewing the operation of duress solely in terms of an excuse] are more than linguistic. If the defence of duress is viewed like any other justification or excuse as based squarely on policy considerations allowing one who has committed an *actus reus* with *mens rea* to escape in certain circumstances, the policy issues are focussed without confusing the matter as one of *mens rea*.

39

For these reasons, I conclude that the expression “for the purpose of aiding” in s. 21(1)(b), properly understood, does not require that the accused actively view the commission of the offence he or she is aiding as desirable in and of itself. As a result, the *mens rea* for aiding under s. 21(1)(b) is not susceptible of being “negated” by duress. The trial judge’s charge to the jury in the present case was thus incorrect in two respects. First, the reference to the relevant mental state in the present case as being a “common intention to carry out an unlawful purpose” was erroneous since, unlike *Paquette*, what was at issue in the present case was s. 21(1)(b), as opposed to s. 21(2). Second, in light of the mental element for commission of an offence under s. 21(1)(b), the suggestion that duress might “negate” the accused’s *mens rea* was also incorrect.

(b) *Section 21(2) and the Decision in Paquette*

40

The preceding discussion suffices to resolve the question of the relation between duress and *mens rea* that directly arises in the present case. As I indicated earlier, however, I believe that in the interests of avoiding undue confusion in the law that applies to duress cases I should proceed further, and look expressly at the question of whether the interpretation of s. 21(2)’s mental element that was adopted by the Court in *Paquette, supra*, remains correct in light of the interpretation of s. 21(1)(b) I am now adopting. To be sure, the respective *mens rea* requirements of the two subsections are defined differently — while s.

lant» la *mens rea* ne fait qu’embrouiller les concepts en jeu. Comme il le souligne (à la p. 420):

[TRADUCTION] Les avantages [de considérer la contrainte seulement comme une excuse] ne sont pas uniquement d’ordre linguistique. Si le moyen de défense fondé sur la contrainte est, à l’instar de toute autre justification ou excuse, perçu comme fondé directement sur des considérations de principe qui, dans certaines situations, permettent de s’en sortir à celui qui a commis un *actus reus* en ayant la *mens rea*, l’accent est mis sur les questions de principe sans que l’on confonde la question comme étant une question de *mens rea*.

Pour ces raisons, je conclus que, bien interprétés, les mots «for the purpose of aiding» («en vue d’aider»), employés à l’al. 21(1)b), n’exigent pas que l’accusé ait activement considéré comme souhaitable en soi la perpétration de l’infraction qu’il a aidé à commettre. En conséquence, la *mens rea* relative à l’aide, au sens de l’al. 21(1)b), n’est pas susceptible d’«annulation» par la contrainte. L’exposé du juge du procès au jury, en l’espèce, était donc erroné à deux égards. Premièrement, affirmer que l’état d’esprit pertinent en l’espèce était [TRADUCTION] «l’intention commune de poursuivre une fin illégale» était erroné car, contrairement à l’arrêt *Paquette*, la présente affaire portait sur l’al. 21(1)b) et non sur le par. 21(2). Deuxièmement, la proposition selon laquelle la contrainte pourrait «annuler» la *mens rea* de l’accusé était elle aussi erronée, étant donné l’élément moral requis pour la perpétration d’une infraction visée à l’al. 21(1)b).

b) *Le paragraphe 21(2) et l’arrêt Paquette*

L’analyse qui précède est suffisante pour trancher la question du lien entre la contrainte et la *mens rea*, qui se pose directement en l’espèce. Toutefois, comme je l’ai déjà indiqué, j’estime que pour éviter toute confusion indue dans notre droit applicable aux cas de contrainte, il y a lieu d’aller plus loin et de se demander précisément si l’interprétation de l’élément moral visé au par. 21(2), que notre Cour a adoptée dans l’arrêt *Paquette*, précité, est toujours valable eu égard à l’interprétation de l’al. 21(1)b) que j’adopte maintenant. Il est certain que chacune de ces deux dispositions définit différemment la *mens rea* requise — alors que l’al.

21(1)(b) imposes party liability on persons who “do or omit to do anything for the purpose of aiding any person to commit [an offence]”, s. 21(2) establishes that “persons [who] form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein” are liable for criminal offences committed by the principal that are foreseeable and probable consequences of carrying out the “common purpose”. There is, however, a close connection between the two subsections, arising from the evident similarities that exist between certain aspects of s. 21(2)’s requirements and the terms of s. 21(1)(b). As I have explained in the previous section, a person who does something “for the purpose of aiding” another to commit a criminal offence (and who is thus liable under s. 21(1)(b)) invariably “intends” to assist the principal to carry out “an unlawful purpose” — an “intention” that is not susceptible of being “negated” by the fact that it arises as the result of threats of death or bodily harm. Furthermore, the terms “aid” and “assist” are virtually synonymous. Section 21(2), however, contains two further qualifications — the accused’s intention must be “an intention in common” with the principal, and the intention to assist must be reciprocal (that is, two or more persons must have “an intention in common . . . to assist each other therein”). The question that must be addressed, therefore, is whether these additional qualifications on the requisite “intention” raise the prospect of an accused’s *mens rea* being “negated” by duress. In particular, we must consider whether the requirement that the accused have an “intention in common” with another person has this effect.

As was the case with the term “purpose” in s. 21(1)(b), the phrase “intention in common” is capable of being understood in more than one sense. One possible interpretation is that “intention in common” means no more than that the two persons must have in mind the same unlawful purpose. Alternatively, however, it might be argued that the requirement of “commonality” requires that the two persons’ intentions match in greater detail — in particular, that their motives or sub-

21(1)(b) prévoit que quiconque «accomplit ou omet d’accomplir quelque chose en vue d’aider quelqu’un à [. . .] commettre [une infraction]» voit sa responsabilité engagée à titre de participant à l’infraction, le par. 21(2) établit que les «personnes [qui] forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s’y entraider» sont coupables des infractions criminelles perpétrées par l’auteur principal, qui sont une conséquence prévisible et probable de la réalisation de leur «intention commune». Il y a cependant entre les deux dispositions un lien étroit qui résulte des ressemblances évidentes entre certains aspects des exigences du par. 21(2) et les termes employés à l’al. 21(1)(b). Comme je l’ai expliqué dans la partie précédente, une personne qui accomplit quelque chose «en vue d’aider» quelqu’un à commettre une infraction criminelle (et qui engage ainsi sa responsabilité en vertu de l’al. 21(1)(b)) a invariablement l’«intention» d’aider l’auteur principal à poursuivre «une fin illégale» — une «intention» qui n’est pas susceptible d’être «annulée» par le fait qu’elle résulte de menaces de mort ou de lésions corporelles. De plus, les mots «aider» et «entraider» sont quasi synonymes. Le paragraphe 21(2) contient toutefois deux autres conditions — l’accusé doit partager avec l’auteur principal une «intention commune» et leur intention de s’entraider doit être réciproque (c’est-à-dire qu’il faut que deux ou plusieurs personnes «forment ensemble le projet [. . .] de s’y entraider»). Il s’agit donc de se demander si ces deux conditions supplémentaires concernant l’«intention» requise soulèvent la possibilité que la *mens rea* d’un accusé soit «annulée» par la contrainte. En particulier, il nous faut décider si l’exigence d’une «intention commune» entre l’accusé et une autre personne a cet effet.

À l’instar du terme «*purpose*» employé à l’al. 21(1)(b), l’expression «intention commune» a plusieurs sens. On peut dire qu’elle signifie tout au plus que deux personnes poursuivent la même fin illégale. Subsidiairement, toutefois, on pourrait soutenir que ce caractère commun exige une véritable «identité» d’intention entre les deux personnes — en particulier, une correspondance parfaite de mobiles ou de points de vue subjectifs quant au caractère souhaitable de la réalisation de

tive views as to the desirability of the commission of the “unlawful purpose” match up. If this latter interpretation were adopted, it could be argued that although persons who assist others to commit criminal acts as a result of threats made by the others would “intend” to provide such assistance, their intention would not be “in common” with the intentions of the threatener, due to the different motives and, possibly, views as to the immediate desirability of the criminal activity at issue. In contrast, under the former interpretation a person would fall within the ambit of s. 21(2) if they intended to assist in the commission of the same offence envisioned by the principal, regardless of the fact that their intention might be due solely to the principal’s threats. Of course, it would be open to such a person to avoid criminal liability through the common law defence of duress.

42

As noted earlier, in *Paquette, supra*, Martland J. took the position that “intention in common” meant something more than “intention to commit or aid in the same offence”, arguing (at p. 197) that:

A person whose actions have been dictated by fear of death or of grievous bodily injury cannot be said to have formed a genuine common intention to carry out an unlawful purpose with the person who has threatened him with those consequences if he fails to co-operate.

The phrase “intention in common” is certainly open to being interpreted in this manner. However, notwithstanding the considerable weight I place on and the respect I have for the opinion of Martland J., I have come to the conclusion that, in the context of s. 21(2), the first interpretation discussed above is more consistent both with Parliament’s intention and with the interpretation of s. 21(1)(b) I have adopted in these reasons. Many of the factors I considered earlier in the course of determining the meaning to be ascribed to the term “purpose” in s. 21(1)(b) apply with similar force to the problem of interpreting s. 21(2). Parliament’s purpose in enacting s. 21(2) is clear. As the Ontario Court of Appeal (*per* Doherty J.A.) noted in *R. v. Jackson* (1991), 68 C.C.C. (3d) 385, at p. 421 (aff’d [1993] 4 S.C.R. 573):

la «fin illégale». Si cette dernière interprétation était retenue, on pourrait soutenir que, bien que la personne qui aide quelqu’un à accomplir un acte criminel par suite de menaces proférées par ce dernier ait l’«intention» de lui prêter son aide, ils n’ont pas d’intention commune car leur mobile est différent et, peut-être même, leur point de vue sur le caractère souhaitable immédiat de l’acte criminel en cause. Par contre, suivant la première interprétation, une personne serait visée par le par. 21(2) si son intention était d’aider à commettre la même infraction que l’auteur principal prévoyait commettre, peu importe qu’elle ait pu avoir cette intention seulement à cause des menaces proférées par ce dernier. Naturellement, elle pourrait échapper à la responsabilité criminelle grâce au moyen de défense de common law fondé sur la contrainte.

Comme nous l’avons vu, le juge Martland s’est dit d’avis, dans l’arrêt *Paquette*, précité, que l’expression «intention commune» désignait quelque chose de plus que «l’intention de commettre ou d’aider à commettre la même infraction», affirmant, à la p. 197:

On ne peut dire d’une personne agissant sous l’effet de menaces de mort ou de lésions corporelles graves, qu’elle a réellement formé le projet de poursuivre une fin illégale avec la personne qui l’a menacée de lui infliger ces sévices si elle refusait de coopérer.

L’expression «intention commune» se prête certainement à cette interprétation. Toutefois, malgré toute l’importance que j’accorde à l’avis du juge Martland et tout le respect que je lui dois, j’en arrive à la conclusion que, dans le contexte du par. 21(2), la première interprétation étudiée précédemment est plus conforme à l’intention du législateur et à l’interprétation de l’al. 21(1)(b) que j’ai adoptée dans les présents motifs. Bien des facteurs que j’ai pris en considération pour décider quel sens doit être donné au mot «*purpose*» employé à l’al. 21(1)(b) s’appliquent avec autant de force au problème de l’interprétation du par. 21(2). L’intention qu’avait le législateur en adoptant le par. 21(2) est claire. Comme le souligne la Cour d’appel de l’Ontario (le juge Doherty) dans l’arrêt *R. c. Jackson* (1991), 68 C.C.C. (3d) 385, à la p. 421 (conf. par [1993] 4 R.C.S. 573):

[Section 21(1)] is aimed at those who participate in the actual offence for which liability is imposed. Section 21(2) widens the circle of criminal culpability to include those who do not participate in the alleged crime but who do engage in a different criminal purpose and foresee the commission of the alleged offence by a party to that criminal purpose as a probable consequence of the pursuit of the criminal purpose

That is, Parliament has chosen to impose liability on persons who engage in criminal conduct with others for additional criminal acts that could be foreseen as likely to be committed in furtherance of the underlying offence (within the limits imposed by the *Charter*: see *Logan, supra*). Interpreting the expression “intention in common” as connoting a mutuality of motives and desires between the party and the principal would restrict the scope of this section in a manner that is difficult to justify on the basis of Parliamentary intention. As was the case with the interpretation of “purpose” in s. 21(1)(b), adopting this interpretation of “intention in common” would remove all manner of persons from the scope of s. 21(2) in addition to those whose intention is the product of threats of death or serious bodily harm since, once again, the reason for the divergence in motive and desire would be immaterial to the question of whether the party’s and principal’s “intentions” matched to a sufficient degree. This result, I believe, can no more be ascribed to Parliament’s intention than could the similar result that would flow from equating “purpose” with “desire” in s. 21(1)(b), which I discussed earlier. In my opinion, a much more plausible interpretation of Parliament’s purpose is that the “commonality” qualification on the subsection’s mental element is simply meant to ensure that accused persons are not convicted of crimes committed in furtherance of offences to which they are not party to.

Furthermore, as was the case with s. 21(1)(b), the interpretation of s. 21(2)’s *mens rea* requirement that was adopted by the Court in *Paquette* is not essential as a means of ensuring the avoidance

[TRANSLATION] [Le paragraphe 21(1)] vise ceux qui participent à l’infraction même qui engage la responsabilité. Le paragraphe 21(2) élargit le cercle de la culpabilité criminelle de manière à englober ceux qui ne participent pas au crime allégué mais qui s’engagent dans une entreprise criminelle distincte et prévoient qu’une conséquence probable de la poursuite de cette entreprise criminelle sera la perpétration de l’infraction alléguée par un participant à cette entreprise criminelle

Autrement dit, le législateur a choisi d’imposer, à ceux qui se livrent à une activité criminelle avec autrui, une responsabilité pour les actes criminels supplémentaires dont il était possible de prévoir l’accomplissement probable lors de la perpétration de l’infraction sous-jacente (conformément aux limites imposées par la *Charte*: voir *Logan, précité*). Interpréter l’expression «intention commune» comme connotant l’existence de mobiles et de désirs mutuels chez le participant et l’auteur principal restreindrait la portée de cette disposition d’une manière difficilement justifiable en fonction de l’intention du législateur. Comme dans le cas de l’interprétation du mot «*purpose*» employé à l’al. 21(1)(b), adopter cette interprétation de l’«intention commune» soustrairait à l’application du par. 21(2) toutes sortes de personnes, outre celles dont l’intention résulte de menaces de mort ou de lésions corporelles graves car, je le répète, la raison de la divergence de mobiles et de désirs n’aurait aucune importance quant à savoir si les «intentions» du participant et de l’auteur principal correspondaient suffisamment. Je crois que ce résultat n’est pas plus imputable à l’intention du législateur que le résultat semblable qui, comme je l’ai fait observer précédemment, découlerait de l’assimilation du mot «*purpose*» à un «désir», aux fins de l’al. 21(1)(b). À mon avis, une interprétation beaucoup plus plausible de l’intention du législateur consiste à dire que l’exigence du caractère commun dont est assorti l’élément moral de cet alinéa vise simplement à assurer que les accusés ne soient pas déclarés coupables de crimes commis lors de la perpétration d’infractions auxquelles ils n’ont pas participé.

En outre, comme dans le cas de l’al. 21(1)(b), l’interprétation que notre Cour a donnée, dans l’arrêt *Paquette*, à la *mens rea* requise au par. 21(2), n’est pas essentielle pour éviter des déclarations de

of unjust convictions in duress cases, since here, as in cases involving s. 21(1)(b), accused persons who act under duress have recourse to the protection from criminal liability provided by the common law defence of duress. At the same time, it can be seen that the interpretation of s. 21(2) adopted in *Paquette* significantly complicates the law of duress, in so far as it requires juries to be instructed on both the manner in which duress might "negate" *mens rea* and on the common law defence of duress itself, notwithstanding the fact that both cover essentially the same ground. This problem would be exacerbated if the interpretation of s. 21(2) in *Paquette* was preserved alongside the interpretation of s. 21(1)(b) that we are adopting in the present appeal. In a significant number of cases, the two subsections will be presented to the jury as alternative bases for liability. In such cases, a trial judge who was required to follow both the holding in this case and *Paquette* would have to instruct the jury that the accused's subjective view as to the desirability of the commission of the offence was not relevant to s. 21(1)(b), but that it was relevant to s. 21(2), and that the existence of duress might "negate" *mens rea* under the latter (but not the former) provision. He or she would then have to go on to charge the jury, in the alternative, on the common law defence of duress. While complex jury instructions are sometimes unavoidable if justice is to be done, I am of the view that unnecessary complexity is something that courts should strive to avoid. The Canadian justice system places considerable faith in jurors' ability to follow the trial judge's instructions. In exchange, I believe it is incumbent on the courts to do what they can to ease, rather than add to, the difficult burden we call upon jurors to bear, subject, of course, to the overriding imperative that trial fairness be preserved.

culpabilité injustes dans les cas de contrainte, puisqu'en l'occurrence, comme dans les affaires portant sur l'al. 21(1)b), les accusés qui agissent sous la contrainte recourent à la protection contre la responsabilité criminelle offerte par le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. En même temps, on peut constater que l'interprétation du par. 21(2) adoptée dans l'arrêt *Paquette* complique sensiblement le droit en matière de contrainte dans la mesure où elle oblige à donner au jury des directives tant sur la manière dont la contrainte pourrait «annuler» la *mens rea*, que sur le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte lui-même, en dépit du fait que les deux portent essentiellement sur le même motif. Ce problème serait aggravé si l'interprétation du par. 21(2), dans l'arrêt *Paquette*, était conservée en plus de celle de l'al. 21(1)b) que nous adoptons dans le présent pourvoi. Dans un nombre important d'affaires, les deux dispositions seront présentées au jury comme susceptibles de fonder la responsabilité. En pareil cas, le juge du procès qui serait tenu de suivre le présent arrêt et l'arrêt *Paquette* devrait, dans son exposé au jury, expliquer que le point de vue subjectif de l'accusé, relativement au caractère souhaitable de la perpétration de l'infraction, n'est pas pertinent quant à l'al. 21(1)b), mais qu'il l'est relativement au par. 21(2), et que l'existence de contrainte pourrait «annuler» la *mens rea* au sens de cette dernière disposition (mais non au sens de la première). Il devrait ensuite leur donner des directives subsidiaires sur le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. Bien que les directives complexes au jury soient parfois inévitables si on veut que justice soit rendue, je suis d'avis que les tribunaux devraient s'efforcer d'éviter de les compliquer inutilement. Le système de justice canadien accorde une très grande confiance à la capacité des jurés de suivre les directives du juge. En contrepartie, je crois qu'il incombe aux tribunaux de faire leur possible pour alléger, plutôt qu'alourdir, le fardeau difficile que nous demandons aux jurés d'assumer, sous réserve, bien sûr, de l'obligation impérieuse de préserver l'équité du procès.

44 For these reasons, I am of the view that the comments of Martland J. in *Paquette*, *supra*, on the

Pour ces motifs, je suis d'avis que les observations du juge Martland dans l'arrêt *Paquette*, pré-

relation between duress and *mens rea* in the context of s. 21(2) can no longer be considered the law in Canada. I hasten to point out, however, that overturning this holding in *Paquette* does not affect the validity of that case's first aspect, namely, that the common law defence of duress continues to apply in cases involving party liability under s. 21 of the *Code*. Furthermore, it can be noted in passing that, on the facts of *Paquette*, the accused's acquittal could well have been supported on the basis of the excuse provided by the common law defence of duress rather than on the notion that his intention to assist in the commission of the robbery was "negated" by duress.

(4) Conclusions on Duress and *Mens Rea*

The conclusions that can be extracted from the discussion in the previous sections may be summarized as follows:

1. The fact that a person who commits a criminal act does so as a result of threats of death or bodily harm can in some instances be relevant to the question of whether he or she possessed the *mens rea* necessary to commit an offence. Whether or not this is so will depend, among other things, on the structure of the particular offence in question — that is, on whether or not the mental state specified by Parliament in its definition of the offence is such that the presence of coercion can, as a matter of logic, have a bearing on the existence of *mens rea*. If the offence is one where the presence of duress is of potential relevance to the existence of *mens rea*, the accused is entitled to point to the presence of threats when arguing that the Crown has not proven beyond a reasonable doubt that he or she possessed the mental state required for liability.
2. A person who commits a criminal act under threats of death or bodily harm may also be able to invoke an excuse-based defence (either the statutory defence set out in s. 17 or the common law defence of duress, depending on whether the accused is charged as a principal or

cité, sur le lien entre la contrainte et la *mens rea* dans le contexte du par. 21(2) ne peuvent plus être considérées comme traduisant l'état du droit au Canada. Je m'empresse toutefois d'ajouter que le fait d'écartier l'arrêt *Paquette* sur ce point ne change rien à la validité de cet arrêt sur le premier aspect, savoir que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte continue de s'appliquer dans les affaires mettant en cause la responsabilité du participant au sens de l'art. 21 du *Code*. De plus, on peut souligner en passant que, selon les faits de l'arrêt *Paquette*, l'acquiescement de l'accusé aurait bien pu être justifié par l'excuse fournie par le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, plutôt que par l'idée que son intention d'aider à commettre le vol qualifié a été «annulée» par la contrainte.

(4) Conclusions sur la contrainte et la *mens rea*

Les conclusions qu'on peut dégager de l'analyse faite dans les parties précédentes peuvent se résumer ainsi:

1. Le fait qu'une personne qui accomplit un acte criminel agisse par suite de menaces de mort ou de lésions corporelles peut, dans certains cas, être pertinent quant à savoir si elle avait la *mens rea* requise pour commettre une infraction. Que ce soit le cas ou non dépendra, notamment, de la structure de l'infraction en cause — à savoir si l'état d'esprit envisagé par le législateur dans sa définition de l'infraction est tel que l'existence de contrainte peut, logiquement, avoir une incidence sur l'existence de la *mens rea*. S'il s'agit d'une infraction où l'existence de contrainte peut être pertinente quant à l'existence de la *mens rea*, l'accusé a le droit de signaler l'existence de menaces lorsqu'il allègue que le ministère public n'a pas prouvé hors de tout doute raisonnable qu'il avait l'état d'esprit nécessaire pour être responsable.
2. Une personne qui accomplit un acte criminel sous l'effet de menaces de mort ou de lésions corporelles peut aussi être capable d'invoquer un moyen de défense fondé sur une excuse (soit le moyen de défense énoncé à l'art. 17, soit celui de common law fondé sur la contrainte,

as a party). This is so regardless of whether or not the offence at issue is one where the presence of coercion also has a bearing on the existence of *mens rea*.

3. The mental states specified in ss. 21(1)(b) and 21(2) of the *Criminal Code* are not susceptible to being “negated” by duress. Consequently, it is not open to persons charged under these sections to argue that because their acts were coerced by threats they lacked the requisite *mens rea*. Such persons may, however, seek to have their conduct excused through the operation of the common law defence of duress.

It should be reiterated, however, that the holding in the present case is based on an interpretation of the particular terms of two specific offence-creating statutory provisions, ss. 21(1)(b) and 21(2) of the *Criminal Code*. The question of whether other offences can be found, either in the *Code* or in some other statute, that are defined in such a way that the presence of coercion is relevant to the existence of *mens rea* remains open.

C. *The “Safe Avenue of Escape” Requirement in the Common Law of Duress*

- 46 The second and third issues raised by the appellant have to do with the so-called “safe avenue of escape” rule. The Court must decide whether such a rule in fact exists, and, if it does, whether the availability of a “safe avenue” is to be determined on an objective or subjective basis. In my opinion, it is best to start the analysis by examining the juristic nature of the defence of duress and its relationship to other common law defences, since I am of the view that by so doing the answers to the questions posed in the present appeal will become clear.

selon que l'accusé est inculpé comme auteur principal ou comme participant). Il en est ainsi peu importe qu'il s'agisse ou non d'une infraction où l'existence de contrainte a une incidence sur l'existence de la *mens rea*.

3. Les états d'esprit envisagés à l'al. 21(1)b) et au par. 21(2) du *Code criminel* ne sont pas susceptibles d'«annulation» par la contrainte. Par conséquent, les personnes accusées en vertu de ces dispositions ne peuvent pas soutenir que, parce qu'elles ont agi sous la menace, elles n'avaient pas la *mens rea* requise. Ces personnes peuvent cependant demander que leur conduite soit excusée par l'application du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte.

Il y a lieu, toutefois, de répéter que la conclusion en l'espèce est fondée sur une interprétation du libellé particulier de deux dispositions précises qui créent une infraction, soit l'al. 21(1)b) et le par. 21(2) du *Code criminel*. Reste entière la question de savoir s'il peut exister, dans le *Code* ou dans quelque autre loi, d'autres infractions définies de telle façon que l'existence de contrainte est pertinente relativement à l'existence de la *mens rea*.

C. *L'exigence du «moyen de s'en sortir sans danger» que comporte le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte*

Les deuxième et troisième questions soulevées par l'appelant concernent la prétendue règle du «moyen de s'en sortir sans danger». Notre Cour doit décider si cette règle existe vraiment et, dans l'affirmative, si l'existence de ce «moyen de s'en sortir sans danger» doit être déterminée selon un critère objectif ou subjectif. À mon avis, il est préférable de commencer l'analyse par l'étude de la nature juridique du moyen de défense fondé sur la contrainte et de son lien avec les autres moyens de défense de common law, parce que je suis d'avis que cette façon de procéder permettra de dégager clairement les réponses aux questions posées par le présent pourvoi.

(1) The Relation Between Duress and Other Excuses

As I have explained, the common law defence of duress, properly understood, is not based on the idea that coercion negates *mens rea*. Rather, it is one of a number of defences that operate by justifying or excusing what would otherwise be criminal conduct. Once duress is recognized as providing a defence of this type, it becomes apparent that much can be learned about its juristic nature by examining other existing legal excuses or justifications, such as the defences of necessity, self-defence and provocation, and by considering the extent to which analogies between these defences and the defence of duress can be drawn and sustained.

In his submissions, the appellant emphasized the similarities between duress and provocation, which raises a partial defence to the charge of murder. Although analogies can indeed be drawn between duress and provocation, there exist significant differences between the two defences that lessen the usefulness of comparing them. Firstly, and most obviously, provocation provides only a partial defence to a single criminal offence, murder, leaving open the possibility of conviction for manslaughter. In contrast, the defence of duress applies to a wide range of offences, and provides a complete bar to conviction rather than merely a partial defence. It is not necessary to explore the theoretical justifications underlying these restrictions on the defence of provocation to see why their existence poses problems for any analogies that could be drawn between provocation and duress.

Furthermore, there is a clear conceptual distinction between situations where a person acts by reason of provocation and those arising in the context of self-defence, duress, or necessity. As Professor

(1) Le lien entre la contrainte et les autres excuses

Comme je l'ai expliqué, bien interprété, le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte ne repose pas sur l'idée que la contrainte annule la *mens rea*. Il fait plutôt partie d'un certain nombre de moyens de défense qui ont pour effet de justifier ou d'excuser ce qui serait par ailleurs une conduite criminelle. Dès qu'on reconnaît que la contrainte est un tel moyen de défense, il devient évident que l'on peut en apprendre beaucoup sur sa nature juridique en examinant d'autres excuses ou justifications légales existantes, comme les moyens de défense fondés sur la nécessité, la légitime défense et la provocation, et en analysant la mesure dans laquelle il est possible de faire des analogies valables entre ces moyens de défense et celui fondé sur la contrainte.

Dans son argumentation, l'appelant a souligné les ressemblances entre la contrainte et la provocation qui est un moyen de défense partiel contre une accusation de meurtre. Bien qu'il soit effectivement possible de faire des analogies entre la contrainte et la provocation, ces moyens de défense présentent d'importantes différences qui diminuent l'utilité de les comparer. Premièrement, et ce qui est le plus évident, la provocation n'offre qu'un moyen de défense partiel contre une seule infraction criminelle, le meurtre, laissant planer la possibilité d'une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable. Par contre, le moyen de défense fondé sur la contrainte s'applique à toute une gamme d'infractions et protège complètement contre une déclaration de culpabilité plutôt que d'être un simple moyen de défense partiel. Il n'est pas nécessaire d'explorer les justifications théoriques de ces restrictions au moyen de défense fondé sur la provocation pour voir que leur existence rend problématique toute analogie entre la provocation et la contrainte.

De plus, une distinction conceptuelle claire peut être établie entre les situations où une personne agit sous l'effet de la provocation et celles qui mettent en cause la légitime défense, la contrainte ou

47

48

49

J. Horder observes (in “Autonomy, Provocation and Duress”, [1992] *Crim. L.R.* 706, at p. 709):

Pleas of self-defence, duress and necessity all share [the following] common feature, and this sets them apart in one vital respect from a plea of provocation. For those who act only to avert a threat act *prospectively*, from fear of imminent harm, whereas those who lose their self-control and retaliate in the face of provocation act *retrospectively*, inflicting injury in response to a perceived wrongdoing that is now part of history, albeit recent history. If people who are threatened with imminent harm or the unjustified use of force do not take the necessary evasive action, they believe that they will themselves be harmed, perhaps gravely; but this is not true of people who have been provoked but not threatened, who must know that, at most, all they have to lose personally by inaction is their self-regard or reputation. [Emphasis in original.]

For these reasons, examining the defence of provocation does not, in my view, hold great potential as a tool for gaining further understanding of the defence of duress. I turn, therefore, to the more promising analogies that can be drawn between duress and the defences of self-defence and necessity.

50

The defences of self-defence, necessity and duress all arise under circumstances where a person is subjected to an external danger, and commits an act that would otherwise be criminal as a way of avoiding the harm the danger presents. In the case of self-defence and duress, it is the intentional threats of another person that are the source of the danger, while in the case of necessity the danger is due to other causes, such as forces of nature, human conduct other than intentional threats of bodily harm, etc. Although this distinction may have important practical consequences, it is hard to see how it could act as the source of significant juristic differences between the three

la nécessité. Comme le fait observer le professeur J. Horder (dans «Autonomy, Provocation and Duress», [1992] *Crim. L.R.* 706, à la p. 709):

[TRADUCTION] Les moyens de défense fondés sur la légitime défense, la contrainte et la nécessité comportent tous la caractéristique [suivante] qui les différencie sous un aspect fondamental du moyen de défense fondé sur la provocation. Celui qui accomplit un acte seulement pour échapper à une menace agit d'une manière *prospectively*, par crainte d'un préjudice imminent, tandis que celui qui perd son sang-froid et riposte en cas de provocation agit d'une manière *retrospective*, en infligeant une blessure en réaction à ce qu'il estime être un tort qui est maintenant passé, encore que ce soit depuis peu. Si celui qui est menacé d'un préjudice imminent ou de l'emploi non justifié de la force ne prend pas les mesures nécessaires pour l'éviter, il croit qu'il sera lui-même blessé, peut-être gravement, mais il n'en va pas de même de celui qui a été provoqué mais non menacé, qui doit savoir que ce qu'il risque tout au plus personnellement par son inaction, c'est d'être atteint dans son amour-propre ou sa réputation. [En italique dans l'original.]

Pour ces motifs, je suis d'avis que l'analyse du moyen de défense fondé sur la provocation recèle peu de promesses d'éclaircissements sur le moyen de défense fondé sur la contrainte. Je vais donc passer aux analogies plus prometteuses qui peuvent être faites entre la contrainte, d'une part, et les moyens de défense fondés sur la légitime défense et la nécessité, d'autre part.

Les moyens de défense fondés sur la légitime défense, la nécessité et la contrainte entrent tous en jeu dans des circonstances où une personne est exposée à un danger extérieur et qui, pour éviter le danger qui la menace, accomplit un acte qui serait par ailleurs criminel. Dans le cas de la légitime défense et de la contrainte, ce sont les menaces intentionnelles d'autrui qui sont la source du danger, tandis que, dans le cas de la nécessité, le danger résulte d'autres causes, telles que les forces de la nature, le comportement humain autre que des menaces intentionnelles de lésions corporelles, etc. Bien que cette distinction puisse avoir des conséquences pratiques importantes, il est difficile de voir comment elle pourrait entraîner des différences juridiques importantes entre les trois

defences. As Lord Hailsham of Marylebone L.C. observed in *Howe*, *supra*, at p. 429:

There is, of course, an obvious distinction between duress and necessity as potential defences; duress arises from the wrongful threats or violence of another human being and necessity arises from any other objective dangers threatening the accused. This, however, is, in my view a distinction without a relevant difference, since on this view duress is only that species of the genus of necessity which is caused by wrongful threats.

In contrast, a distinction can be drawn between self-defence, on the one hand, and duress and necessity, on the other, that might well provide a basis for a meaningful juridical difference. In cases of self-defence, the victim of the otherwise criminal act at issue is himself or herself the originator of the threat that causes the actor to commit what would otherwise be an assault or culpable homicide (bearing in mind, of course, that the victim's threats may themselves have been provoked by the conduct of the accused). In this sense, he or she is the author of his or her own deserts, a factor which arguably warrants special consideration in the law. In cases of duress and necessity, however, the victims of the otherwise criminal act (to the extent that a victim can be identified) are third parties, who are not themselves responsible for the threats or circumstances of necessity that motivated the accused's actions. For this reason, analogies between the defence of necessity and duress would appear to be the most clearly supportable, and thus the most likely to be instructive.

The similarities between defences of duress and necessity have been noted on previous occasions by other commentators. As Lord Simon of Glaisdale observed in his dissenting reasons in *Lynch*, *supra*, at p. 692:

In the circumstances where either "necessity" or duress is relevant, there are both *actus reus* and *mens rea*. In both sets of circumstances there is power of choice between two alternatives; but one of those alternatives is so disagreeable that even serious infraction of the crimi-

moyens de défense. Comme le fait observer le lord chancelier Hailsham of Marylebone dans l'arrêt *Howe*, précité, à la p. 429:

[TRADUCTION] Il y a, bien sûr, une distinction évidente entre la contrainte et la nécessité en tant que moyens de défense possibles; la contrainte découle des menaces illicites ou de la violence d'un autre être humain, et la nécessité résulte de tout autre danger objectif menaçant l'accusé. Toutefois, il s'agit, à mon sens, d'une distinction dépourvue de pertinence car, à ce point de vue, la contrainte ne représente qu'un genre de nécessité qui est causée par des menaces illicites.

Par contre, il est possible d'établir, entre la légitime défense, d'une part, et la contrainte et la nécessité, d'autre part, une distinction qui pourrait bien fonder une différence juridique utile. Dans les cas de légitime défense, la victime de l'acte par ailleurs criminel est elle-même l'auteur de la menace qui amène l'acteur à commettre ce qui constituerait par ailleurs des voies de fait ou un homicide coupable (sans oublier, naturellement, que les menaces de la victime peuvent elles-mêmes avoir été provoquées par la conduite de l'accusé). Dans ce sens, elle ne reçoit que ce qu'elle mérite et on pourrait soutenir que ce facteur mérite une attention particulière en droit. Dans les cas de contrainte et de nécessité, cependant, les victimes de l'acte par ailleurs criminel (dans la mesure où il y a une victime) sont des tiers qui ne sont pas eux-mêmes responsables des menaces ou des circonstances de l'état de nécessité qui ont poussé l'accusé à agir. Pour cette raison, les analogies entre le moyen de défense fondé sur la nécessité et celui fondé sur la contrainte sembleraient être les plus clairement défendables et donc les plus susceptibles de nous éclairer.

Les ressemblances entre les moyens de défense fondés sur la contrainte et la nécessité ont déjà été soulignées par d'autres commentateurs. Comme le fait remarquer lord Simon of Glaisdale dans ses motifs de dissidence dans l'arrêt *Lynch*, précité, à la p. 692:

[TRADUCTION] Dans les circonstances où soit la «nécessité» soit la contrainte est pertinente, l'*actus reus* et la *mens rea* sont tous deux présents. Dans les deux situations, il y a une possibilité de choisir entre deux partis, mais l'un de ceux-ci est si désagréable que même une

nal law seems preferable. In both the consequence of the act is intended, within any permissible definition of intention. The only difference is that in duress the force constraining the choice is a human threat, whereas in "necessity" it can be any circumstance constituting a threat to life (or, perhaps, limb). Duress is, thus considered, merely a particular application of the doctrine of "necessity"

In Canada, of course, a distinction between the two defences exists as a result of the fact that the defence of duress has been partially codified (in relation to principals) by s. 17, while necessity remains a purely common law defence: *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232. In the present case, however, we are concerned only with those cases of duress falling outside the ambit of s. 17, where the common law remains applicable — that is, cases of party liability (*Paquette, supra*). In my view, the clear similarities between the factual circumstances in which the common law defence of duress and the common law defence of necessity arise imply that comparisons between the two remain highly relevant, notwithstanding the existence of a partially codified version of the defence of duress applicable in other situations. It would, I believe, be highly anomalous if the common law defence of duress were to be understood as based on substantially different juridical principles from the common law defence of necessity.

52

In *Perka, supra*, the status of the defence of necessity in the common law of Canada was firmly established. In his majority reasons, Dickson J. summarized the considerable debate in the academic literature over the question of whether the defence of necessity should be conceptualized as a "justification" or an "excuse". Dickson J. described the justification-based approach to the defence of necessity in the following terms (at pp. 247-48):

grave transgression du droit criminel semble préférable. Dans les deux cas, la conséquence de l'acte est voulue au sens de toute définition acceptable de l'intention. La seule différence c'est que, dans le cas de contrainte, la force restreignant la liberté de choix est une menace humaine, alors que dans le cas de la «nécessité», ce peut être toute circonstance représentant une menace pour la vie (ou peut-être pour l'intégrité physique). La contrainte n'est, sous cet angle, qu'une application particulière de la règle de la «nécessité» . . .

Au Canada, bien entendu, une distinction entre les deux moyens de défense résulte du fait que le moyen de défense fondé sur la contrainte a été codifié partiellement par l'art. 17 (en ce qui a trait aux auteurs principaux), tandis que la nécessité reste un moyen de défense de common law uniquement: *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232. Dans la présente affaire, cependant, nous ne nous intéressons qu'aux cas de contrainte non visés par l'art. 17, auxquels la common law demeure applicable — c.-à-d. les cas de responsabilité du participant (*Paquette, précité*). À mon avis, les ressemblances manifestes entre les situations de fait où les moyens de défense de common law fondés sur la contrainte et la nécessité peuvent être invoqués impliquent que la comparaison entre les deux reste fort pertinente, malgré l'existence d'une version partiellement codifiée du moyen de défense fondé sur la contrainte qui est applicable à d'autres situations. J'estime qu'il serait fort anormal que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte soit interprété comme reposant sur des principes juridiques sensiblement différents de ceux qui sous-tendent le moyen de défense de common law fondé sur la nécessité.

Dans l'arrêt *Perka, précité*, l'existence, dans la common law canadienne, du moyen de défense fondé sur la nécessité a été fermement reconnue. Dans ses motifs majoritaires, le juge Dickson a résumé la grande polémique qui s'est engagée parmi les auteurs sur la question de savoir si le moyen de défense fondé sur la nécessité devrait être conçu comme une «justification» ou une «excuse». Le juge Dickson décrit ainsi la façon d'aborder, sous l'angle de la justification, le moyen de défense fondé sur la nécessité (aux pp. 247 et 248):

As a justification [the defence of necessity] can be related to Blackstone's concept of a "choice of evils". It would exculpate actors whose conduct could reasonably have been viewed as "necessary" in order to prevent a greater evil than that resulting from the violation of the law. As articulated, especially in some of the American cases, it involves a utilitarian balancing of the benefits of obeying the law as opposed to disobeying it, and when the balance is clearly in favour of disobeying, exculpates an actor who contravenes a criminal statute. This is the "greater good" formulation of the necessity defence: in some circumstances, it is alleged, the values of society, indeed of the criminal law itself, are better promoted by disobeying a given statute than by observing it.

He went on to reject this basis for the defence. Instead, he adopted an understanding of the defence of necessity based on the alternative concept of an "excuse". As he declared (at pp. 248-49):

Conceptualized as an "excuse", however, the residual defence of necessity is, in my view, much less open to criticism. It rests on a realistic assessment of human weakness, recognizing that a liberal and humane criminal law cannot hold people to the strict obedience of laws in emergency situations where normal human instincts, whether of self-preservation or of altruism, overwhelmingly impel disobedience. The objectivity of the criminal law is preserved; such acts are still wrongful, but in the circumstances they are excusable. Praise is indeed not bestowed, but pardon is, when one does a wrongful act under pressure which, in the words of Aristotle in the *Nicomachean Ethics* [Book III, 1110a (trans. D. Ross, 1975, at p. 49)] "overstrains human nature and which no one could withstand".

Dickson J. continued by referring to the position articulated by G. P. Fletcher in his treatise *Rethinking Criminal Law* (1978). In Fletcher's view, excuses in criminal law can best be understood as rooted in the notion of "moral or normative

En tant que «justification» [le moyen de défense fondé sur la nécessité] peut se rattacher au concept du «choix entre deux maux» énoncé par Blackstone. Il permettrait de disculper des personnes dont la conduite aurait pu raisonnablement être considérée comme «nécessaire» pour éviter un mal plus grand que celui résultant de la violation de la loi. Tel qu'énoncé, plus particulièrement dans certaines décisions américaines, il comporte une évaluation pratique des avantages d'observer la loi par rapport aux avantages de ne pas l'observer, et si la balance penche nettement en faveur de l'inobservation de la loi, il permet de disculper la personne qui contrevient à une loi en matière criminelle. C'est là la formulation, dite du «plus grand bien», du moyen de défense fondé sur la nécessité: dans certaines circonstances, prétend-on, les valeurs sociales et le droit criminel lui-même sont mieux servis par l'inobservation d'une loi donnée que par son observation.

Puis, il repousse ce fondement du moyen de défense. Il conclut plutôt que le moyen de défense fondé sur la nécessité repose sur l'autre notion, celle de l'«excuse». Comme il le déclare (aux pp. 248 et 249):

Vu comme une «excuse» cependant, le moyen de défense résiduel fondé sur la nécessité, à mon avis, prête beaucoup moins à la critique. Il se fonde sur une appréciation réaliste de la faiblesse humaine, tout en reconnaissant qu'un droit criminel humain et libéral ne peut astreindre des personnes à l'observation stricte des lois dans des situations d'urgence où les instincts normaux de l'être humain, que ce soit celui de conservation ou d'altruisme, commandent irrésistiblement l'inobservation de la loi. Le caractère objectif du droit criminel est préservé; de tels actes sont toujours mauvais, mais dans les circonstances ils sont excusables. Ce n'est pas l'éloge qu'on provoque, mais l'indulgence, lorsqu'on accomplit un acte mauvais alors qu'on est soumis à une pression qui, selon l'expression d'Aristote dans l'*Éthique à Nicomaque* [livre III, 1110a] (trad. J. Tricot, 1959, à la p. 121), «surpasse[. . .] les forces humaines et que personne ne pourrait supporter».

Le juge Dickson poursuit en mentionnant le point de vue formulé par G. P. Fletcher dans son traité *Rethinking Criminal Law* (1978). De l'avis de Fletcher, la meilleure façon d'interpréter les excuses en droit criminel consiste à les tenir pour fondées sur la notion du «caractère involontaire dit

involuntariness". Dickson J. approved of this theoretical foundation for excuses, stating (at p. 250):

I agree with this formulation of the rationale for excuses in the criminal law. In my view this rationale extends beyond specific codified excuses and embraces the residual excuse known as the defence of necessity. At the heart of this defence is the perceived injustice of punishing violations of the law in circumstances in which the person had no other viable or reasonable choice available; the act was wrong but it is excused because it was realistically unavoidable.

Having set out this conceptual basis for the defence of necessity, Dickson J. went on to examine the limitations on the defence's availability that he saw as flowing naturally from its theoretical underpinnings. As he stated (at pp. 250-51):

If the defence of necessity is to form a valid and consistent part of our criminal law it must, as has been universally recognized, be strictly controlled and scrupulously limited to situations that correspond to its underlying rationale. That rationale, as I have indicated, is the recognition that it is inappropriate to punish actions which are normatively "involuntary". The appropriate controls and limitations on the defence of necessity are, therefore, addressed to ensuring that the acts for which the benefit of the excuse of necessity is sought are truly "involuntary" in the requisite sense.

Dickson J. proceeded to establish several preconditions that must be satisfied before the defence of necessity could be invoked. He was of the view that there were three primary requirements: first, that there be an "urgent situation of clear and imminent peril", second, that "compliance with the law [be] demonstrably impossible" and third, that there be proportionality between the danger facing the accused and the harm caused by his or her unlawful acts. Dickson J. explained the justification for the first and second requirements as follows (at pp. 251-52):

In *Morgentaler* [*Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616], I was of the view that any defence of necessity was restricted to instances of non-compliance

moral ou normatif». Le juge Dickson approuve ce fondement théorique des excuses, affirmant (à la p. 250):

Je suis d'accord avec cette formulation de la raison d'être des excuses en droit criminel. À mon avis, cette raison d'être s'étend au delà des excuses qui sont codifiées et englobe l'excuse résiduelle connue sous le nom de moyen de défense fondé sur la nécessité. Au cœur de ce moyen de défense, il y a le sentiment d'injustice que soulève la punition pour une violation de la loi commise dans des circonstances où la personne n'avait pas d'autre choix viable ou raisonnable; l'acte était mauvais, mais il est excusé parce qu'il était vraiment inévitable.

Après avoir énoncé ce fondement conceptuel de la nécessité comme moyen de défense, le juge Dickson analyse ensuite les restrictions à la possibilité d'invoquer le moyen de défense qui, à son avis, découlent naturellement des motifs théoriques qui le sous-tendent. Comme il l'affirme, aux pp. 250 et 251:

Si le moyen de défense fondé sur la nécessité doit faire partie de façon valable et logique de notre droit criminel, il faut, comme tout le monde s'est accordé à le reconnaître, qu'il soit strictement contrôlé et scrupuleusement limité aux situations qui répondent à sa raison d'être fondamentale. Cette raison d'être, comme je l'ai indiqué, est la reconnaissance qu'il ne convient pas de punir des actes qui sont «involontaires» sur le plan normatif. Les contrôles et limites appropriés imposés au moyen de défense fondé sur la nécessité visent donc à assurer que les actes auxquels on demande d'appliquer le bénéfice de l'excuse sont vraiment «involontaires» au sens requis.

Puis, le juge Dickson établit plusieurs conditions préalables qui doivent être remplies pour pouvoir invoquer le moyen de défense fondé sur la nécessité. À son avis, trois conditions principales doivent être remplies: premièrement, il doit y avoir «situation urgente de danger imminent et évident», deuxièmement, «l'obéissance à la loi [doit être] démonstrativement impossible», et troisièmement, le danger auquel l'accusé fait face doit être proportionné au mal causé par ses actes illégaux. Le juge Dickson justifie ainsi les première et deuxième conditions (aux pp. 251 et 252):

Dans l'arrêt *Morgentaler* [*Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616], j'ai exprimé l'avis que tout moyen de défense fondé sur la nécessité ne s'applique qu'aux

“in urgent situations of clear and imminent peril when compliance with the law is demonstrably impossible”. In my opinion this restriction focuses directly on the “involuntariness” of the purportedly necessitous behaviour by providing a number of tests for determining whether the wrongful act was truly the only realistic reaction open to the actor or whether he was in fact making what in fairness could be called a choice. If he was making a choice, then the wrongful act cannot have been involuntary in the relevant sense.

...

At a minimum, the situation must be so emergent and the peril must be so pressing that normal human instincts cry out for action and make a counsel of patience unreasonable.

The requirement that compliance with the law be “demonstrably impossible” takes this assessment one step further. Given that the accused had to act, could he nevertheless realistically have acted to avoid the peril or prevent the harm, without breaking the law? *Was there a legal way out?* I think this is what Bracton means when he lists “necessity” as a defence, providing the wrongful act was not “avoidable”. The question to be asked is whether the agent had any real choice: could he have done otherwise? If there is a reasonable legal alternative to disobeying the law, then the decision to disobey becomes a voluntary one, impelled by some consideration beyond the dictates of “necessity” and human instincts. [Emphasis in original.]

As I noted earlier, the common law defences of necessity and duress apply to essentially similar factual situations. Indeed, to repeat Lord Simon of Glaisdale’s observation, “[d]uress is . . . merely a particular application of the doctrine of “necessity””. In my view, the similarities between the two defences are so great that consistency and logic requires that they be understood as based on the same juristic principles. Indeed, to do otherwise would be to promote incoherence and anomaly in the criminal law. In the case of necessity, the Court has already considered the various alternative theoretical positions available (in *Perka*, *supra*), and has expounded a conceptualization of the defence of necessity as an excuse, based on the idea of normative involuntariness. In my opinion, the need for consistency and coherence in the law

cas de désobéissance «dans des situations urgentes de danger imminent et évident lorsque l’obéissance à la loi est démonstrativement impossible». À mon avis, cette restriction vise directement le «caractère involontaire» de la conduite apparemment nécessaire, en fournissant un certain nombre de critères qui permettent de déterminer si l’acte mauvais était vraiment la seule réaction possible pour la personne en question ou si, en réalité, elle a fait ce qu’on pourrait à juste titre appeler un choix. Si elle a fait un choix, alors l’acte mauvais ne peut pas avoir été involontaire au sens pertinent.

...

Au moins, la situation doit être à ce point urgente et le danger à ce point pressant qu’un être humain normal serait instinctivement forcé d’agir et de considérer tout conseil de temporiser comme déraisonnable.

L’exigence que l’obéissance à la loi soit «démonstrativement impossible» pousse cette appréciation un cran plus loin. Si l’accusé se devait d’agir, pouvait-il vraiment agir de manière à éviter le danger ou à prévenir le mal sans contrevenir à la loi? *Y avait-il moyen de s’en sortir légalement?* Je crois que c’est ce que Bracton veut dire lorsqu’il mentionne la «nécessité» comme moyen de défense pourvu que l’acte mauvais n’ait pas été «évitable». Il faut se demander si l’auteur de l’acte avait réellement le choix: pouvait-il faire autrement? S’il y avait une solution raisonnable et légale autre que celle de contrevenir à la loi, alors la décision de contrevenir à la loi est un acte volontaire, mû par quelque considération autre que les impératifs de la «nécessité» et de l’instinct humain. [En italique dans l’original.]

Je le répète, les moyens de défense de common law fondés sur la nécessité et la contrainte s’appliquent à des situations de fait essentiellement identiques. En fait, pour reprendre l’observation de lord Simon of Glaisdale, «[l]a contrainte n’est [. . .] qu’une application particulière de la règle de la «nécessité»». À mon avis, les ressemblances entre les deux moyens de défense sont telles qu’il s’impose, par souci d’uniformité et de logique, de les considérer comme fondés sur les mêmes principes juridiques. En fait, toute autre solution reviendrait à favoriser l’incohérence et l’anomalie dans le droit criminel. Dans le cas de la nécessité, notre Cour a déjà étudié les autres théories possibles (dans l’arrêt *Perka*, précité) et a exposé une conception du moyen de défense fondé sur la nécessité en tant qu’excuse, qui repose sur l’idée

dictates that the common law defence of duress also be based on this juridical foundation. If the defence is viewed in this light, the answers to the questions posed in the present appeal can be seen to follow readily from the reasons of Dickson J. in *Perka*.

(a) *The Safe Avenue of Escape Requirement*

55 The so-called “safe avenue of escape” requirement in the law of duress is, in my view, simply a specific example of a more general requirement, analogous to that in the defence of necessity identified by Dickson J. — the requirement that compliance with the law be “demonstrably impossible”. As Dickson J. explained, this requirement can be derived directly from the underlying concept of normative involuntariness upon which the defence of necessity is based. As I am of the view that the defence of duress must be seen as being based upon this same theoretical foundation, it follows that the defence of duress includes a similar requirement — namely, a requirement that it can only be invoked if, to adopt Dickson J.’s phrase, there is “no legal way out” of the situation of duress the accused faces. The rule that the defence of duress is unavailable if a “safe avenue of escape” was open to the accused is simply a specific instance of this general requirement — if the accused could have escaped without undue danger, the decision to commit an offence becomes, as Dickson J. observed in the context of necessity, “a voluntary one, impelled by some consideration beyond the dictates of ‘necessity’ and human instincts”.

(b) *Is the Existence of a Safe Avenue of Escape to Be Determined Subjectively or Objectively?*

56 The remaining question on this appeal raises a potentially more difficult issue, namely, the question of whether the existence of a “safe avenue of

de caractère involontaire normatif. À mon avis, le besoin d’uniformité et de cohérence du droit exige que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte ait aussi la même assise juridique. Si on considère le moyen de défense sous cet angle, on s’aperçoit que les réponses aux questions soulevées dans le présent pourvoi se dégagent aisément des motifs du juge Dickson dans l’arrêt *Perka*.

a) *L’exigence du moyen de s’en sortir sans danger*

La prétendue exigence du «moyen de s’en sortir sans danger» que comporte le droit en matière de contrainte n’est, à mon avis, qu’un exemple précis d’une exigence plus générale, analogue à celle que le juge Dickson a décrite relativement au moyen de défense fondé sur la nécessité — savoir que l’obéissance à la loi soit «démonstrativement impossible». Comme l’explique le juge Dickson, cette exigence découle directement du concept sous-jacent du caractère involontaire normatif sur lequel repose le moyen de défense fondé sur la nécessité. Puisque je suis d’avis que la contrainte comme moyen de défense doit être considérée comme ayant le même fondement théorique, il s’ensuit que ce moyen de défense comporte une exigence semblable — savoir qu’il ne peut être invoqué que si l’accusé soumis à la contrainte n’a, pour reprendre l’expression du juge Dickson, aucun «moyen de s’en sortir légalement». La règle qui veut que l’accusé ne puisse invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte si un «moyen de s’en sortir sans danger» s’offrait à lui n’est qu’un exemple précis de cette exigence générale — si l’accusé avait pu s’en sortir sans danger excessif, la décision de commettre l’infraction devient, comme le fait observer le juge Dickson dans le contexte de la nécessité, «un acte volontaire, mû par quelque considération autre que les impératifs de la «nécessité» et de l’instinct humain».

b) *L’existence d’un moyen de s’en sortir sans danger doit-elle être déterminée subjectivement ou objectivement?*

La dernière question, en l’espèce, soulève un problème peut-être plus épineux: la question de savoir si l’existence d’un «moyen de s’en sortir

escape” is to be determined objectively or on the basis of the accused’s own subjective knowledge and awareness at the time. How this question is answered depends, in my view, on how one conceives of the notion of “normative involuntariness” upon which the defence of duress is based. That is, is an action “normatively involuntary” when the actor believes that he has no real choice, or is this the case only when there is in fact no reasonable alternative course of action available?

Cogent arguments can be made in support of each of these positions. The issue can be framed in slightly different terms. As H. L. A. Hart notes:

One necessary condition of the just application of a punishment is normally expressed by saying that the agent ‘could have helped’ doing what he did, and hence the need to inquire into the ‘inner facts’ is dictated not by the moral principle that only the doing of an *immoral* act may be legally punished, but by the moral principle that no one should be punished who could not help doing what he did. [Emphasis in original.]

(*Punishment and Responsibility* (1968), at p. 39.)

The question of when a person “could not help doing what he did” (and thus performs a normatively involuntary act) can, however, be understood in two different ways. On the one hand, it can be argued that actors who perform acts that appear reasonable in relation to their knowledge of their surrounding circumstances “cannot help” what they did, even if their understanding of their situation is objectively unreasonable. Put another way, it can be argued that a person’s acts are normatively involuntary if he or she honestly believes there are no reasonable alternatives, even if he or she has overlooked an alternative that a reasonable person would have been aware of. On the other hand, it can also be argued that an actor’s failure to take steps to inform himself or herself of the true state of affairs is itself a choice, and that a decision based on the resulting erroneous view of the circumstances is thus not normatively involuntary, since it could have been avoided. In my opinion, the latter argument accords most closely with the

sans danger» doit être déterminée objectivement ou en fonction de la connaissance et de la conscience subjectives de l’accusé au moment de l’infraction. La réponse à cette question dépend, à mon avis, de la conception du «caractère involontaire normatif» sur laquelle se fonde la contrainte comme moyen de défense. Signifie-t-elle qu’un acte est «involontaire du point de vue normatif» quand l’acteur croit qu’il n’a pas réellement le choix, ou seulement quand, en fait, il n’a pas d’autre choix raisonnable?

Des arguments convaincants peuvent être avancés à l’appui de chacune de ces positions. La question peut être formulée de façon légèrement différente. Comme le fait remarquer H. L. A. Hart:

[TRADUCTION] Il est une condition nécessaire de la juste application d’une peine qu’on exprime normalement en disant que l’acteur «aurait pu s’empêcher» d’agir comme il l’a fait, d’où le fait que la nécessité de s’enquérir des «faits intérieurs» découle, non pas du principe moral voulant que seul l’accomplissement d’un acte *immoral* peut être puni légalement, mais du principe moral voulant qu’il n’y ait pas lieu de punir quiconque n’a pu s’empêcher d’agir comme il l’a fait. [En italique dans l’original.]

(*Punishment and Responsibility* (1968), à la p. 39.)

La question de savoir si une personne «n’a pu s’empêcher d’agir comme [elle] l’a fait» (et a donc accompli un acte involontaire du point de vue normatif) peut cependant être comprise de deux manières différentes. D’une part, on peut soutenir que celui qui accomplit un acte qui semble raisonnable, compte tenu de sa connaissance des circonstances, «n’a pu s’empêcher» d’agir comme il l’a fait, même si sa compréhension de sa situation est objectivement déraisonnable. Autrement dit, on peut soutenir que l’acte d’une personne est involontaire du point de vue normatif si cette personne croit sincèrement qu’elle n’a pas d’autre choix raisonnable, même si elle n’a pas remarqué une possibilité dont une personne raisonnable aurait été consciente. D’autre part, on peut également soutenir que l’omission de prendre des mesures pour s’enquérir de la situation réelle est un choix en soi, et qu’une décision fondée sur la perception erronée des circonstances, qui en résulte, n’est donc pas involontaire du point de vue normatif, puisqu’elle

view of normative involuntariness adopted by the Court in *Perka*, which, as I have explained, should be seen as the theoretical foundation of both the defences of duress and necessity. As Dickson J.'s reasons in *Perka* suggest, a degree of objectivity is inherent to excuses that are based on the notion of normative involuntariness, to the extent that this concept turns on the objective availability, or lack of availability, of true choice. Indeed, Dickson J. clearly indicates that the operative standard for the defence of necessity is to be an objective one, based on whether "there is a reasonable legal alternative to disobeying the law" (emphasis added).

aurait pu être évitée. À mon avis, ce dernier argument s'accorde davantage avec la conception du caractère involontaire normatif adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Perka* qui, comme je l'ai expliqué, devrait être considérée comme l'assise théorique des moyens de défense fondés sur la contrainte et la nécessité. Comme les motifs du juge Dickson dans l'arrêt *Perka* semblent l'indiquer, un degré d'objectivité est inhérent aux excuses qui sont basées sur la notion du caractère involontaire normatif, dans la mesure où ce concept repose sur la possibilité ou l'impossibilité objective de choisir. En effet, le juge Dickson indique clairement que la norme applicable au moyen de défense fondé sur la nécessité doit être objective et reposer sur la question de savoir «[s]'il y avait une solution raisonnable et légale autre que celle de contrevenir à la loi» (je souligne).

58

However, simply adopting the second of the two arguments set out above does not fully resolve the issue of the standard to be applied in assessing whether a safe avenue of escape existed. Even if it is accepted that an actor's failure to take steps to acquire reasonable knowledge of his or her full range of options can, in itself, constitute a form of choice, it can still be argued that this only holds true when the actor is able to acquire and process additional information. That is, a person does not "choose" inaction when he or she is incapable in the first place of acting, or of knowing when to act. Thus, an argument can be made for framing the objective standard used in determining the availability of alternative options, such as "safe avenues of escape", in terms of the particular actor's capacities and abilities. This argument reflects a more general concern about the application of the negligence standard in criminal law, which Hart, *supra*, has summarized in the following terms (at p. 154):

Retenir simplement le deuxième argument exposé précédemment ne résout toutefois pas complètement la question de la norme à appliquer dans l'appréciation de l'existence d'un moyen de s'en sortir sans danger. Même si l'on admet que l'omission d'une personne de prendre des mesures pour acquérir une connaissance raisonnable de toutes les possibilités qui s'offrent à elle peut constituer en soi une forme de choix, on peut encore soutenir que cela n'est vrai que si cette personne est capable d'acquérir et d'analyser des renseignements additionnels. Autrement dit, une personne ne «choisit» pas de s'abstenir d'agir lorsqu'au départ elle est incapable d'agir ou de savoir quand agir. En conséquence, on peut avancer l'argument qu'il convient de prendre en compte les capacités et aptitudes particulières de l'acteur en formulant la norme objective qui sert à déterminer l'existence d'autres solutions possibles, comme le «moyen de s'en sortir sans danger». Cet argument reflète une préoccupation plus générale touchant l'application de la norme de négligence en droit criminel, que Hart, *op. cit.*, résume en ces termes (à la p. 154):

If our conditions of liability are invariant and not flexible, i.e. if they are not adjusted to the capacities of the accused, then some individuals will be held liable for negligence though they could not have helped their failure to comply with the standard.

[TRADUCTION] Si les conditions de la responsabilité restent figées et inflexibles, c.-à-d. si elles ne sont pas adaptées aux capacités de l'accusé, certaines personnes se verront alors jugées responsables pour cause de négligence, même si elles n'auraient pas pu s'empêcher de ne pas observer la norme.

This Court has previously indicated that when assessing the reasonableness of an accused's conduct for the purposes of determining whether he or she should be excused from criminal responsibility, it is appropriate to employ an objective standard that takes into account the particular circumstances of the accused, including his or her ability to perceive the existence of alternative courses of action. For instance, in *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, a self-defence case, Wilson J., writing for a majority of the Court, declared (at p. 889):

I think the question the jury must ask itself [in a case of self-defence] is whether, given the history, circumstances and perceptions of the appellant, her belief that she could not preserve herself from being killed by [her "common-law" spouse] that night except by killing him first was reasonable.

Similarly, in *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3, at p. 12, I stated that in assessing self-defence "the jury must seek to determine how the accused perceived the relevant facts and whether that perception was reasonable".

The defences of self-defence, duress and necessity are essentially similar, so much so that consistency demands that each defence's "reasonableness" requirement be assessed on the same basis. Accordingly, I am of the view that while the question of whether a "safe avenue of escape" was open to an accused who pleads duress should be assessed on an objective basis, the appropriate objective standard to be employed is one that takes into account the particular circumstances and human frailties of the accused.

It should be noted that the question of what sort of objective standard is to be used when assessing the "reasonableness" of the conduct of persons raising an excuse-based defence is different in several key respects from the issue that was before the Court in *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3. In that case, in the course of considering the *mens rea* for "unlawful act manslaughter" under s. 222(5)(a) of

Notre Cour a déjà indiqué que, dans l'appréciation du caractère raisonnable de la conduite d'un accusé en vue de déterminer s'il doit être exonéré de toute responsabilité criminelle, il convient d'utiliser une norme objective qui tienne compte de la situation particulière de l'accusé, y compris sa capacité de percevoir l'existence d'autres solutions possibles. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, où la légitime défense était invoquée, le juge Wilson affirme, au nom de notre Cour à la majorité, à la p. 889:

À mon sens, le jury [dans un cas de légitime défense] doit se demander si, compte tenu des antécédents, des circonstances et des perceptions de l'appelante, sa croyance qu'elle ne pouvait éviter d'être tuée par [son conjoint de fait] la nuit en question qu'en le tuant d'abord était raisonnable.

De même, j'ai dit, dans l'arrêt *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3, à la p. 12, qu'en évaluant la question de la légitime défense, «le jury doit chercher à déterminer quelle était la perception des faits pertinents par l'accusé[. . .] et si cette perception était raisonnable».

Les moyens de défense fondés sur la légitime défense, la contrainte et la nécessité sont essentiellement similaires, à tel point que, par souci de cohérence, il faut, pour chacun de ces moyens de défense, évaluer de la même manière l'exigence du «caractère raisonnable». Par conséquent, je suis d'avis que, bien qu'il y ait lieu d'apprécier objectivement la question de savoir si un «moyen de s'en sortir sans danger» s'offrait à l'accusé qui invoque la contrainte, la norme objective qu'il convient d'employer doit tenir compte de la situation particulière et des faiblesses de l'accusé.

Il y a lieu de souligner que la question du genre de norme objective à utiliser dans l'appréciation du «caractère raisonnable» de la conduite de la personne qui invoque un moyen de défense fondé sur une excuse est différente, à plusieurs égards essentiels, de la question que devait trancher notre Cour dans l'arrêt *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3. Dans cette affaire, en examinant la *mens rea* applicable à l'«homicide involontaire coupable résultant

the *Criminal Code*, a majority of the Court was of the view that (at p. 61, *per* McLachlin J.):

[C]onsiderations of principle and policy dictate the maintenance of a single, uniform legal standard of care for [offences with a *mens rea* of negligence], subject to one exception: incapacity to appreciate the nature of the risk which the activity in question entails.

Although I dissented on this point in *Creighton* (while concurring in the result), I now consider myself bound by the majority judgment. However, I do not believe that *Creighton* is applicable when what is at issue is the standard of reasonableness to be used in establishing the availability of an excuse-based defence, as opposed to the determination of liability under an offence that is defined in terms of a mental state of negligence. In my view, the relevant “considerations of policy and principle” in such cases are quite different from those identifiable in the context of negligence-based offences. Offences defined in terms of negligence typically impose criminal liability on an accused person for the consequences that flowed from his or her inherently hazardous activities — activities that he or she voluntarily and willingly chose to engage in. In *Creighton*, *supra*, the majority was of the view that people “may properly be held to [a strict objective standard] as a condition of choosing to engage in activities which may maim or kill other innocent people” (p. 66). Even if a person fails to foresee the probable consequences of their freely chosen actions, these actions remain the product of genuine choice. In contrast, excuse-based defences, such as duress, are predicated precisely on the view that the conduct of the accused is *involuntary*, in a normative sense — that is, that he or she had no realistic alternative course of action available. In my view, in determining whether an accused person was operating under such constrained options, his or her perceptions of the surrounding facts can be highly relevant to the determination of whether his or her conduct was reasonable under the circumstances, and thus whether his or her conduct is properly excusable.

d’un acte illégal» prévu à l’al. 222(5)a) du *Code criminel*, la Cour à la majorité exprime l’avis que (à la p. 61, le juge McLachlin):

... des considérations de principe et d’intérêt public commandent le maintien, pour [les infractions de négligence pénale], d’une seule et uniforme norme juridique de diligence, sauf dans le cas de l’incapacité d’apprécier la nature du risque que comporte l’activité en question.

Quoique j’aie été dissident sur ce point dans l’arrêt *Creighton* (tout en souscrivant au résultat), je m’estime maintenant lié par le jugement de la majorité. Toutefois, je ne crois pas que l’arrêt *Creighton* soit applicable lorsqu’il s’agit de la norme du caractère raisonnable à utiliser pour déterminer si un moyen de défense fondé sur une excuse peut être invoqué, par opposition à la détermination de la responsabilité à l’égard d’une infraction définie en fonction d’un état mental de négligence. À mon avis, les «considérations de principe et d’intérêt public» pertinentes en pareil cas sont fort différentes de celles qui entrent en jeu dans le contexte d’infractions de négligence. Dans ce dernier cas, la responsabilité criminelle de l’accusé est normalement engagée pour les conséquences découlant de ses activités intrinsèquement dangereuses — activités auxquelles il s’est livré volontairement. Dans l’arrêt *Creighton*, précité, la Cour à la majorité était d’avis que des gens «peuvent à juste titre être soumis à [une norme objective stricte] comme condition de l’exercice de leur choix de se livrer à des activités susceptibles d’estropier ou de tuer des gens innocents» (p. 66). Même si une personne ne prévoit pas les conséquences probables de l’acte qu’elle choisit librement d’accomplir, cet acte reste le produit d’un choix véritable. Par contre, les moyens de défense fondés sur une excuse, comme la contrainte, reposent précisément sur le point de vue selon lequel la conduite de l’accusé est involontaire au sens normatif — c.-à-d. qu’aucune autre solution ne s’offrait vraiment à lui. À mon avis, lorsqu’il s’agit de déterminer si le choix de l’accusé était ainsi limité, sa perception de la situation dans laquelle il se trouvait peut être un facteur très pertinent pour décider si sa conduite était raisonnable dans les circonstances et, en conséquence, si elle est légitimement excusable.

(2) Conclusions on Duress and “Safe Avenue of Escape” Requirement

My conclusions on the second and third issues raised by the appellant can thus be summarized as follows. An accused person cannot rely on the common law defence of duress if he or she had an opportunity to safely extricate himself or herself from the situation of duress. The rationale for this rule is simply that in such circumstances the condition of “normative involuntariness” that provides the theoretical basis for both the defences of duress and necessity is absent — if the accused had the chance to take action that would have allowed him or her to avoid committing an offence, it cannot be said that he or she had no real choice when deciding whether or not to break the law. Furthermore, I believe that the internal logic of the excuse-based defence, which has theoretical underpinnings directly analogous to those that support the defence of necessity (as set out in *Perka, supra*), suggests that the question of whether or not a safe avenue of escape existed is to be determined according to an objective standard. When considering the perceptions of a “reasonable person”, however, the personal circumstances of the accused are relevant and important, and should be taken into account.

D. *Assessing the Charge to the Jury*

Having set out the legal principles that, in my view, are applicable in cases such as the one at bar, what remains to be considered is whether the jurors in the present case were correctly instructed on the law they were to apply during their deliberations. I hasten to add that the law today is not what it was yesterday, as a consequence of this judgment. While certain portions of the trial judge’s instructions to the jury in the present case must now be characterized as containing “errors” as a result of the retrospective effect of the instant judgment, it must be emphasized in all fairness to my colleague the trial judge, that at the time of the trial Webber J. was simply following the course laid by this Court in *Paquette, supra*, which we have now revisited and altered.

(2) Conclusions sur la contrainte et l’exigence d’un «moyen de s’en sortir sans danger»

Mes conclusions, quant aux deuxième et troisième questions soulevées par l’appelant, peuvent se résumer ainsi. L’accusé ne peut pas invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte s’il avait la possibilité de se sortir sans danger de la situation de contrainte. La raison d’être de cette règle est simplement qu’en pareil cas la condition du «caractère involontaire normatif», qui constitue l’assise théorique des moyens de défense fondés sur la contrainte et la nécessité, est absente — si l’accusé avait la possibilité de prendre des mesures qui lui auraient permis d’éviter de commettre une infraction, on ne peut pas dire qu’il n’avait pas de choix véritable quand il a décidé de violer ou non la loi. En outre, je crois que la logique interne du moyen de défense fondé sur une excuse, qui a une assise théorique directement analogue à celle du moyen de défense fondé sur la nécessité (tel qu’énoncé dans l’arrêt *Perka, précité*), porte à croire que la question de l’existence d’un moyen de s’en sortir sans danger doit être tranchée selon une norme objective. Toutefois, dans l’examen des perceptions d’une «personne raisonnable», la situation personnelle de l’accusé est pertinente et importante, et devrait être prise en considération.

D. *Appréciation de l’exposé au jury*

Après avoir énoncé les principes juridiques qui, à mon sens, sont applicables dans des cas comme la présente affaire, il reste à examiner si les jurés en l’espèce ont reçu des directives adéquates sur le droit qu’ils devaient appliquer durant leurs délibérations. Je m’empresse d’ajouter que, par suite du présent arrêt, le droit n’est plus aujourd’hui ce qu’il était hier. Bien qu’il soit maintenant possible d’affirmer que certaines parties de l’exposé du juge au jury en l’espèce contiennent des «erreurs» à cause de l’effet rétroactif du présent arrêt, il faut souligner, en toute justice pour mon collègue le juge du procès, qu’au moment du procès le juge Webber a simplement suivi la ligne de conduite tracée par notre Cour dans l’arrêt *Paquette, précité*, que nous avons maintenant réexaminée et modifiée.

64

In the present case, Webber J. was confronted with the difficult and unenviable task of charging the jury on a very complex area of the common law — an area, moreover, that was (as Martin J.A. remarked in *R. v. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304, at p. 319), “in a somewhat unsatisfactory state” at the time. With the greatest of respect, I am of the view that his charge to the jury contained several instructions that, when read with reference to the law as set out in this Court’s current decision, now can be identified as incorrect. In his charge, the trial judge told the jurors that “if Hibbert joined in the common plot to shoot Cohen, under threats of death or grievous bodily harm, that would negative his having a common intention with Quasi to shoot Cohen, and [*sic*] you must find Hibbert not guilty”. In my respectful view, these instructions contained several errors. First, the reference to “common intention” — an expression descriptive of the mental element in s. 21(2) — was misplaced, in light of the trial judge’s earlier instruction that s. 21(1)(b) was “the portion of s. 21 that applies to this particular case”. Second, as I have explained, it was incorrect to instruct the jury that the *mens rea* for party liability under s. 21(1)(b) could be “negated” by duress. Thirdly, and most importantly, the jury was not told that even if the appellant possessed the requisite *mens rea* his conduct could be excused by operation of the common law defence of duress, if the jurors were of the view that the necessary conditions for this defence’s application were present.

65

In order to assess what impact these errors may have had on the verdict, it is necessary to examine other portions of the jury charge. Although the instruction that duress could “negate *mens rea*” was, as I have explained, incorrect, it would not necessarily have affected the outcome of the trial if the jury had also been told that to be convicted the appellant actively had to “desire” the successful completion of the offence he was charged with assisting. While this latter instruction would, as I have explained, have been an incorrect statement

Dans la présente affaire, le juge Webber avait comme tâche difficile et peu enviable de donner au jury des directives sur un domaine très complexe de la common law — domaine qui, de plus, était (comme le souligne le juge Martin dans l’arrêt *R. c. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304, à la p. 319) [TRADUCTION] «dans un état quelque peu insatisfaisant» à l’époque. En toute déférence, j’estime que son exposé au jury contenait plusieurs directives qui, si on les interprète en fonction du droit énoncé dans le présent arrêt de notre Cour, peuvent maintenant être qualifiées d’erronées. Dans son exposé, le juge du procès a dit aux jurés que [TRADUCTION] «si Hibbert a participé au complot commun d’abattre Cohen en raison de menaces de mort ou de lésions corporelles graves, il n’a pu y avoir entre lui et Quasi d’intention commune d’abattre Cohen, et vous devez déclarer Hibbert non coupable». À mon sens, ces directives renfermaient plusieurs erreurs. Premièrement, la mention de l’«intention commune» — expression qui décrit l’élément moral visé au par. 21(2) — était hors de propos, vu la directive antérieure du juge selon laquelle l’al. 21(1)(b) était [TRADUCTION] «la partie de l’art. 21 qui s’applique à la présente affaire». Deuxièmement, comme je l’ai expliqué, la directive selon laquelle la contrainte pouvait «annuler» la *mens rea* nécessaire à la responsabilité du participant au sens de l’al. 21(1)(b) était erronée. Troisièmement, et qui plus est, le jury n’a pas été informé que, même si l’appelant avait la *mens rea* requise, sa conduite pouvait être excusée en vertu du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, si les jurés étaient d’avis que les conditions nécessaires à l’application de ce moyen de défense étaient remplies.

Afin d’apprécier l’effet que ces erreurs peuvent avoir eu sur le verdict, il est nécessaire d’examiner d’autres parties de l’exposé du juge au jury. Bien que, comme je l’ai expliqué, il ait été erroné de dire que la contrainte pouvait «annuler la *mens rea*», cette directive n’aurait pas nécessairement influé sur l’issue du procès si le jury avait été informé en outre que, pour être déclaré coupable, l’accusé devait avoir «désiré» activement la réussite de la perpétration de l’infraction qu’il était accusé d’avoir aidé à commettre. Même si, comme

of the law, on the particular facts of this case any determination that the appellant actively desired that the attack on Cohen take place would be tantamount to a finding that he did not act under duress. If this had been the case, the fact that the jury was not advised of the excuse-based common law defence of duress would not have affected their decision to convict the appellant. Put another way, on the particular facts of the case the impact of the trial judge's error could conceivably have been negated if he had made a further error. However, as an examination of the charge reveals, the jury in the present case was not charged on the applicable *mens rea* in this erroneous manner. Rather, the trial judge instructed the jury on the mental element of party liability under s. 21(1)(b) in the following terms:

To aid the commission of a crime, a person must associate himself with the criminal venture by participating in it and trying to make it succeed. Remember, it is no criminal offence to stand by. A mere passive spectator to a crime no matter how serious the offence, is not guilty of the offence. There must be an intentional assistance of the crime for the accused to be guilty of aiding. In order for you to find the accused guilty on the basis of aiding, it is not sufficient for the Crown to prove that his acts or omissions, in fact, had the effect of aiding the commission of the crime. The Crown must also prove beyond a reasonable doubt that he did the acts, or he omitted to do something for the purpose of, or with the intention of, aiding the commission of the crime. [Emphasis added.]

This instruction clearly communicated to the jurors that, in the context of s. 21(1)(b), "purpose" was synonymous with "intention". I hasten to add that in this respect the trial judge's instructions were, as I have explained, perfectly correct; however, in light of these correct instructions on the issue of *mens rea* it cannot be said that the erroneous instructions on duress had no effect on the jury's verdict. It is quite possible that the jury determined that the appellant aided the assault "intentionally", in the sense that he performed acts that he knew would probably assist Bailey to commit the assault

je l'ai expliqué, cette dernière directive aurait constitué un énoncé erroné du droit, vu les faits particuliers de la présente affaire, conclure que l'appellant a activement désiré que l'agression contre Cohen se produise reviendrait à conclure qu'il n'a pas agi sous la contrainte. Si cela avait été le cas, le fait que le jury n'ait pas été informé de l'existence, en common law, de la défense de contrainte fondée sur une excuse n'aurait pas influé sur leur décision de déclarer l'appellant coupable. Autrement dit, étant donné les faits particuliers de la présente affaire, il se pouvait que l'effet de l'erreur du juge du procès eût été annulé s'il avait commis une autre erreur. Toutefois, comme il ressort d'un examen de l'exposé, le jury n'a pas, dans la présente affaire, reçu de directive erronée de cet ordre sur la *mens rea* applicable. Le juge du procès a plutôt donné au jury la directive suivante au sujet de l'élément moral de la responsabilité du participant au sens de l'al. 21(1)b):

[TRADUCTION] Pour aider quelqu'un à commettre un crime, une personne doit se joindre à l'entreprise criminelle en y participant et en s'efforçant de la faire réussir. N'oubliez pas que rester là à ne rien faire n'est pas un crime. Le témoin passif d'un crime n'est pas coupable de ce crime, peu importe sa gravité. Pour que l'accusé soit coupable d'avoir aidé à commettre un crime, il doit avoir fourni cette aide intentionnellement. Pour que vous déclariez l'accusé coupable d'avoir aidé à commettre un crime, il ne suffit pas que le ministère public ait prouvé que ses actes ou omissions ont réellement eu pour effet d'aider à le commettre. Le ministère public doit aussi prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a accompli les actes ou omis de faire quelque chose, en vue ou dans l'intention d'aider à commettre le crime. [Je souligne.]

Par cette directive, le juge a clairement indiqué aux jurés que, dans le contexte de l'al. 21(1)b), le terme «*purpose*» était synonyme d'«*intention*». Je m'empresse d'ajouter qu'à cet égard les directives du juge du procès étaient, comme je l'ai expliqué, parfaitement exactes; toutefois, étant donné ces directives exactes sur la question de la *mens rea*, on ne saurait affirmer que les directives erronées sur la contrainte n'ont eu aucun effet sur le verdict du jury. Il est tout à fait possible que le jury ait conclu que l'appellant a aidé «*intentionnellement*» à commettre l'agression, en ce sens qu'il a accom-

because he believed that if he did not Bailey would kill him. The jurors might have thus concluded that the appellant's *mens rea* was not "negated" by duress, under circumstances in which they might well have concluded that his conduct could be excused if they had been aware of the existence of the common law defence of duress, properly conceptualized.

66 The Ontario Court of Appeal was of the view in the present case that the fact that the jury had asked a question relating to the issue of the existence of a "safe avenue of escape" indicated that the jurors must have already come to the conclusion that the appellant had acted under compulsion, and that any errors contained in the trial judge's charge on the nature of the defence of duress thus had no effect on the jury's verdict. With respect, I cannot accept this argument, for several reasons. First, there is no way of knowing whether the question posed by the jury reflected a concern held by all the jurors, or merely by some of them. Second, even if it could be established that at the time the question was posed all of the jurors were of the view that the appellant had acted under duress, the jury continued to deliberate for nearly a full day after the trial judge responded to its question. Without having been present in the jury room during the deliberations, there is no way of knowing with any degree of certainty whether any jurors altered their views from those they held at the time the question was posed. Consequently, I do not believe that it can be said that the errors in the charge relating to the nature of the defence of duress necessarily had no effect on the verdict.

67 Although the errors identified above are in themselves sufficient, in my opinion, to entitle the appellant to a new trial, I will briefly address the other points raised by the appellant. As I have explained, I am of the view that the trial judge did not err in instructing the jury that the appellant could not rely on the defence of duress if the Crown established that he had failed to avail himself of a safe avenue of escape. Furthermore, while

pli des actes qui, à sa connaissance, allaient probablement aider Bailey à commettre l'agression parce qu'il croyait que Bailey le tuerait s'il ne le faisait pas. Les jurés auraient donc pu conclure que la *mens rea* de l'appelant n'était pas «annulée» par la contrainte, dans des circonstances où ils auraient bien pu conclure que sa conduite pouvait être excusée s'ils avaient été au courant de l'existence du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, conçu comme il se doit.

Dans la présente affaire, la Cour d'appel de l'Ontario était d'avis que le fait que le jury ait posé une question sur l'existence d'un «moyen de s'en sortir sans danger» indiquait que les jurés devaient déjà avoir conclu que l'appelant avait agi sous la contrainte, et que toute erreur contenue dans l'exposé du juge du procès sur la nature du moyen de défense fondé sur la contrainte n'avait donc pas influé sur le verdict du jury. En toute déférence, je ne puis souscrire à cet argument pour plusieurs raisons. Premièrement, il n'y a aucun moyen de savoir si la question posée par le jury reflétait une préoccupation partagée par tous les jurés ou par quelques-uns seulement. Deuxièmement, même si l'on pouvait établir qu'au moment où la question a été posée, tous les jurés étaient d'avis que l'appelant avait agi sous la contrainte, le jury a continué de délibérer pendant presque toute une journée après que le juge du procès eut répondu à la question. Il est impossible, sans avoir assisté aux délibérations, de savoir avec quelque certitude que ce soit si l'un ou l'autre des jurés a changé d'opinion après que la question eut été posée. En conséquence, je ne crois pas qu'on puisse affirmer que les erreurs de l'exposé au sujet de la nature du moyen de défense fondé sur la contrainte n'ont nécessairement eu aucun effet sur le verdict.

Même si j'estime que les erreurs relevées plus haut suffisent en soi pour que l'appelant ait droit à un nouveau procès, je vais aborder brièvement les autres points soulevés par l'appelant. Comme je l'ai expliqué, je suis d'avis que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en disant au jury que l'appelant ne pouvait pas invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte si le ministère public avait établi qu'il n'avait pas profité d'un

I believe the trial judge should have instructed the jury that the existence of such an avenue was to be determined objectively, taking into account the personal circumstances of the appellant, on the particular facts of this case I am not persuaded that his failure to do so affected the jury's decision, since there was no indication, on the facts, that any of the appellant's personal attributes or frailties rendered him unable to identify any safe avenues of escape that would have been apparent to a reasonable person of ordinary capacities and abilities.

VI. Conclusion

With respect, I am of the view that the trial judge erred in his instructions to the jury on the law of duress. Since I do not believe that it can be said that this error necessarily had no impact on the jury's verdict, I believe that there should be a new trial. Accordingly, the appeal is allowed, the appellant's conviction is set aside, and a new trial is ordered.

Appeal allowed and new trial ordered.

Solicitors for the appellant: Rosen, Fleming, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

moyen de s'en sortir sans danger. De plus, quoique j'estime que le juge du procès aurait dû informer le jury qu'il devait déterminer objectivement l'existence d'un tel moyen, en tenant compte de la situation personnelle de l'appellant, je ne suis pas convaincu, à la lumière des faits particuliers de la présente affaire, que son omission de le faire a influé sur la décision du jury car il ne ressort aucunement des faits que l'appellant était incapable, en raison de ses qualités ou faiblesses personnelles, de reconnaître quelque moyen de s'en sortir sans danger, qui aurait été évident pour toute personne raisonnable aux capacités et aptitudes normales.

VI. Conclusion

En toute déférence, je suis d'avis de conclure que le juge du procès a donné au jury des directives erronées sur le droit en matière de contrainte. Comme je ne crois pas qu'on puisse affirmer que cette erreur n'a nécessairement eu aucun effet sur le verdict du jury, j'estime qu'il y a lieu de tenir un nouveau procès. En conséquence, le pourvoi est accueilli, la déclaration de culpabilité de l'appellant est annulée et un nouveau procès est ordonné.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Procureurs de l'appellant: Rosen, Fleming, Toronto.

Procureur de l'intimé: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Canadian Pacific Limited *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Ontario *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Saskatchewan and Canadian Environmental Law Association *Interveners*

INDEXED AS: ONTARIO v. CANADIAN PACIFIC LTD.

File No.: 23721.

1995: January 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Division of powers — Federal undertaking — Whether or not federal undertaking subject to provincial law.

Cases Cited

Applied: *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 13 O.R. (3d) 389, 63 O.A.C. 222, 103 D.L.R. (4th) 255, 10 C.E.L.R. (N.S.) 169, 81 C.C.C. (3d) 498, 22 C.R. (4th) 238, 15 C.R.R. (2d) 278, allowing an appeal from a judgment of Fraser Prov. J. (1992), 9 C.E.L.R. (N.S.) 26, allowing an appeal from acquittal by the Provincial Offences Court of Ontario. The first constitutional question is answered in the affirmative.

Canadien Pacifique Limitée *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario *Intimée*

et

Le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Saskatchewan et l'Association canadienne du droit de l'environnement *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: ONTARIO c. CANADIEN PACIFIQUE LTÉE

N° du greffe: 23721.

1995: 24 janvier.

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

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

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Entreprise fédérale — Une entreprise fédérale est-elle assujettie à la loi provinciale?

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Canadian Pacific Railway Co. c. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 13 O.R. (3d) 389, 63 O.A.C. 222, 103 D.L.R. (4th) 255, 10 C.E.L.R. (N.S.) 169, 81 C.C.C. (3d) 498, 22 C.R. (4th) 238, 15 C.R.R. (2d) 278, qui a accueilli l'appel contre un jugement du juge Fraser de la Cour de l'Ontario, Division provinciale (1992), 9 C.E.L.R. (N.S.) 26, qui avait accueilli l'appel contre l'acquiescement prononcé par la Cour des infractions provinciales de l'Ontario. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative.

H. C. Wendlandt and G. Despars, for the appellant.

David Lepofsky and Pat Moran, for the respondent.

Jean Bouchard, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Kenneth J. Tyler and Stewart J. Pierce, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Graeme G. Mitchell, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Richard D. Lindgren, for the intervener Canadian Environmental Law Association (written submission only).

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — We are all of the view that the judgment *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367, governs the first issue in this appeal and, accordingly, the appeal with respect to that ground fails, and the first constitutional question is answered in the affirmative:

1. Does s. 13(1)(a) of the *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1980, c. 141 (now s. 14(1) of the *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1990, c. E-19), constitutionally apply to the appellant when maintaining its right-of-way?

Answer: Yes.

Question numbers 2 and 3 are held in reserve.*

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Canadian Pacific Legal Services, Montreal.

* See [1995] 2 S.C.R. 1031.

H. C. Wendlandt et G. Despars, pour l'appelante.

David Lepofsky et Pat Moran, pour l'intimée.

Jean Bouchard, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Kenneth J. Tyler et Stewart J. Pierce, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Graeme G. Mitchell, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Richard D. Lindgren, pour l'intervenante l'Association canadienne du droit de l'environnement (arguments écrits seulement).

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Nous sommes tous d'avis que l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367, régit la première question en l'espèce. Par conséquent, le pourvoi échoue en ce qui concerne ce moyen, et il y a lieu de répondre par l'affirmative à la première question constitutionnelle:

1. L'alinéa 13(1)a) de la *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1980, ch. 141 (maintenant le par. 14(1) de la *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1990, ch. E.19), s'applique-t-il constitutionnellement à l'appelante lorsqu'elle procède à l'entretien de son emprise?

Réponse: Oui.

Les deuxième et troisième questions sont mises en délibéré*.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Services juridiques du Canadien Pacifique, Montréal.

* Voir [1995] 2 R.C.S. 1031.

Solicitors for the respondent: The Ministry of the Attorney General and the Ministry of Environment and Energy, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Solicitor for the intervener Canadian Environmental Law Association: Canadian Environmental Law Association, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Le ministère du Procureur général et le ministère de l'Environnement et de l'Énergie, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne du droit de l'environnement: L'Association canadienne du droit de l'environnement, Toronto.

Canadian Pacific Limited *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Ontario *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Saskatchewan and Canadian Environmental Law Association *Interveners*

INDEXED AS: ONTARIO v. CANADIAN PACIFIC LTD.

File No.: 23721.

1995: January 24; 1995: July 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Fundamental justice — Vagueness — Use of reasonable hypotheticals — Overbreadth — Environmental protection law drafted in very broad terms — Whether or not law capable of interpretation so as to allow for legal debate — Environmental Protection Act, R.S.O. 1980, c. 141, ss. 1(1)(c), (k), 13(1)(a) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

During controlled burns along the appellant's railway right-of-way, dense smoke escaped onto adjacent properties. This led to complaints about injuries to health and property, and the appellant was charged under s. 13(1)(a) of Ontario's *Environmental Protection Act* (EPA). This provision constitutes a broad and general prohibition of the pollution "of the natural environment for any use that can be made of it". CP's acquittal in the Provincial Offences Court of Ontario was overturned on appeal to the Ontario Court of Justice, Provincial Division and a further appeal to the Court of Appeal was dismissed. The constitutional issues that were raised in that court were appealed here. The first, that the Ontario EPA was not constitutionally applicable to CP, a federal undertaking, was dismissed here as *Canadian*

Canadien Pacifique Limitée *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario *Intimée*

et

Le procureur général du Québec, Le procureur général du Manitoba, Le procureur général de la Saskatchewan et L'Association canadienne du droit de l'environnement *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: ONTARIO c. CANADIEN PACIFIQUE LTÉE

N° du greffe: 23721.

1995: 24 janvier; 1995: 20 juillet.

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

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

Droit constitutionnel — Justice fondamentale — Imprécision — Utilisation d'hypothèses raisonnables — Portée excessive — Loi sur la protection de l'environnement rédigée en termes très généraux — La loi peut-elle être interprétée de manière à donner lieu à un débat judiciaire? — Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. 1980, ch. 141, art. 1(1)c), k), 13(1)a) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Le brûlage contrôlé effectué par l'appelante sur son emprise ferroviaire a rejeté une fumée épaisse sur les propriétés adjacentes. Des citoyens ont porté plainte en invoquant qu'ils avaient subi des conséquences préjudiciables pour leur santé et leurs biens, et des accusations ont été portées contre l'appelante en vertu de l'al. 13(1)a) de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario (LPE). Cette disposition constitue une interdiction générale de pollution «de l'environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait». L'acquiescement de CP par la Cour des infractions provinciales de l'Ontario a été infirmé lors de l'appel interjeté devant la Division provinciale de la Cour de justice de l'Ontario, et un autre appel interjeté devant la Cour d'appel a été rejeté. Les questions constitutionnelles qui

Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours, [1899] A.C. 367, was determinative of the issue. The second, that s. 13(1)(a), and in particular the words “for any use that can be made of [the natural environment]”, was unconstitutionally vague, overbroad, and therefore in violation of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, remained.

Held: The appeal should be dismissed.

Per La Forest, L’Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: Section 13 (1)(a) EPA was neither unconstitutionally vague nor overbroad, and clearly covered the pollution activity at issue.

A law will be found unconstitutionally vague if it is so lacking in precision as not to give sufficient guidance for legal debate. Legislative precision is required because of (1) the need to provide fair notice to citizens of prohibited conduct and, (2) the need to proscribe enforcement discretion. Vagueness must be considered within the larger context and not *in abstracto*. A court can only determine whether an impugned provision affords sufficient guidance for legal debate after its interpretative role has been exhausted.

Using broad and general terms in legislation may well be justified. Section 7 of the *Charter* does not preclude the legislature from relying on the judiciary to determine whether those terms apply in particular fact situations. The standard of legal precision required by s. 7 will vary depending on the nature and subject matter of a particular legislative provision. A deferential approach should be taken in relation to legislation with legitimate social policy objectives.

The purpose of the EPA is to provide for the protection and conservation of the natural environment. Environmental protection has an obvious social importance and yet the nature of the environment does not lend itself to precise codification. In the context of environmental protection legislation, a generally framed pollution prohibition may be desirable from a public policy perspective. The generality of s. 13(1)(a) ensures flexi-

avaient été soulevées devant cette cour font l’objet du présent pourvoi. La première question, savoir qu’à titre d’établissement fédéral, CP ne pouvait, en vertu de la constitution, être assujettie à l’application de la LPE, a été rejetée parce que l’arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367, a réglé cette question. Il restait à statuer sur la seconde question, savoir que l’al. 13(1)a) et, en particulier, les termes «relativement à tout usage qui peut en être fait [de l’environnement naturel]» sont d’une imprécision inconstitutionnelle et d’une portée excessive et, par conséquent, violent l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, L’Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Major: L’alinéa 13(1)a) LPE n’est pas d’une imprécision inconstitutionnelle ni d’une portée excessive, et il vise manifestement l’activité polluante en cause.

Une loi sera jugée d’une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire. Cette précision législative est requise en raison (1) de la nécessité de donner aux citoyens un avertissement raisonnable au sujet d’une conduite interdite et (2) de la nécessité d’interdire que la loi soit appliquée de façon discrétionnaire. La question de l’imprécision doit être appréciée dans un contexte interprétatif plus large et non dans l’abstrait. C’est uniquement après s’être acquitté intégralement de son rôle d’interprétation qu’un tribunal est en mesure de déterminer si la disposition attaquée fournit un guide suffisant pour un débat judiciaire.

Le recours à des dispositions législatives générales peut fort bien se justifier. L’article 7 de la *Charte* n’empêche pas le législateur de se fonder sur le pouvoir judiciaire pour déterminer si ces dispositions sont applicables à des situations factuelles particulières. La norme de précision législative exigée par l’art. 7 varie selon la nature et le contenu de chaque disposition législative particulière. Il faudrait faire preuve de retenue à l’égard des dispositions législatives qui cherchent à atteindre des objectifs de politique sociale légitimes.

La LPE a pour objet d’assurer la protection et la conservation de l’environnement naturel. L’importance de la protection de l’environnement pour la société est évidente mais, de par sa nature, l’environnement ne se prête pas à une codification précise. Dans le contexte des lois sur la protection de l’environnement, il est préférable d’un point de vue de politique d’intérêt public de formuler les dispositions prohibant la pollution en

bility in the law, so that the EPA may respond to a wide range of environmentally harmful scenarios which could not have been foreseen at the time of its enactment.

The fair notice element of vagueness analysis has procedural and substantive aspects. Procedural notice, which involves the mere fact of bringing the text of a law to the attention of citizens who are presumed to know the law is not a central concern of vagueness analysis. Instead, the focus of the analysis is the substantive aspect — an understanding that some conduct comes under the law. Whether citizens appreciate that the particular conduct is subject to legislative sanction is inextricably linked to societal values.

The purpose and subject matter of s. 13(1)(a) EPA, the societal values underlying it, and its nature as a regulatory offence, all have some bearing on the analysis of the s. 7 vagueness claim. Because environmental protection is an important societal value, legislators must have considerable room to manoeuvre in regulating pollution. Section 7 must not be employed to hinder flexible and ambitious legislative approaches to environmental protection.

To secure a conviction under s. 13(1)(a) EPA, the Crown must prove: (1) that the accused has emitted a contaminant; (2) that the contaminant was emitted into the natural environment; and (3) that the contaminant caused or was likely to cause the impairment of the quality of the natural environment for any use that can be made of it. The statutory definitions of “contaminant” and “natural environment” provide the basis for legal debate as to what constitutes a “contaminant” and the “natural environment”. The term “impairment” has been the subject of legal debate in other contexts and provides the basis for legal debate. Judicial interpretation of what constitutes a “use” of the natural environment is easily accomplished through various interpretive techniques. The word must be considered in its context, should be interpreted in a manner which avoids *de minimis* applications and absurd results, and may be considered in contexts other than environmental law. These principles demonstrate that s. 13(1)(a) does not attach penal consequences to trivial or minimal impairments of the natural environment, nor to the impairment of a use of the natural environment which is merely con-

termes généraux. La généralité de l'al. 13(1)a assure la souplesse de la loi, de sorte que la LPE puisse répondre à une vaste gamme d'hypothèses d'atteintes à l'environnement qui ne pouvaient être envisagées au moment de son adoption.

Dans l'analyse relative à l'imprécision, l'exigence d'un avertissement raisonnable comporte deux volets, l'un touchant la forme et l'autre, le fond. L'aspect de l'avertissement qui touche la forme, et qui se limite au seul fait d'attirer l'attention des citoyens sur le texte de la loi, dont la connaissance est présumée, n'est pas une question centrale dans une analyse relative à l'imprécision. L'analyse doit plutôt se concentrer sur le fond de l'avertissement raisonnable — la conscience qu'une conduite est répréhensible en droit. Le fait que les citoyens soient conscients ou non qu'une conduite particulière entraîne sanction de la loi est inextricablement lié aux valeurs de la société.

L'objectif et le contenu de l'al. 13(1)a LPE, les valeurs sociétales qui le sous-tendent, de même que la nature réglementaire de l'infraction qu'il prévoit ont tous une incidence sur l'analyse de l'imprécision alléguée au regard de l'art. 7. La protection de l'environnement étant une valeur sociétale importante, les législateurs doivent disposer d'une grande marge de manoeuvre en matière de réglementation de la pollution. L'article 7 ne doit pas nuire aux démarches législatives souples et d'envergure en matière de protection de l'environnement.

Pour obtenir une déclaration de culpabilité sous le régime de l'al. 13(1)a LPE, le ministère public doit prouver: (1) que l'accusé a rejeté un contaminant; (2) que le contaminant a été rejeté dans l'environnement naturel, et (3) que le rejet du contaminant a causé ou risquait de causer la dégradation de la qualité de l'environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait. Les définitions législatives fournissent matière à débat judiciaire sur ce qui constitue un «contaminant» et l'«environnement naturel». Le terme «dégradation» (*«impairment»*) a été l'objet de débats judiciaires dans d'autres contextes et il fournit le fondement d'un tel débat. L'interprétation judiciaire de ce qui constitue un «usage» de l'environnement naturel est facile à faire grâce à diverses techniques d'interprétation. Ce terme doit être examiné dans son contexte, il doit être interprété d'une manière qui empêche des applications *de minimis* et des absurdités, et il peut être examiné dans d'autres contextes que celui du droit de l'environnement. Ces principes établissent que l'al. 13(1)a ne rattache pas de sanctions pénales aux dégradations négligeables ou minimales de l'environnement naturel, ni à la

ceivable or imaginable. A degree of significance, consistent with the objective of environmental protection, must be found in relation to both the impairment, and the use which is impaired.

After taking these interpretive principles and aids into account, the scope of s. 13(1)(a) is reasonably delineated, and legal debate can occur as to its application to a specific fact situation. This is all that s. 7 of the *Charter* requires.

Although its conduct fell within the “core” of polluting activity prohibited by s. 13(1)(a), CP is challenging the provision by relying on hypothetical fact situations which fall at the “periphery”. Peripheral vagueness arises where a statute applies without question to a core of conduct but applies with uncertainty to other activities. Peripheral vagueness is the basis for the argument that the expression “for any use that can be made of [the natural environment]” is vague because it is not qualified as to time, degree, space or user, and thus fails to delineate clearly an “area of risk” for citizens.

Reasonable hypotheticals, however, have no place in the vagueness analysis under s. 7. There is no need to consider hypothetical fact situations, since it is clear after an analysis of the provision and its context that the law either provides or does not provide the basis for legal debate, thereby either satisfying or infringing the requirements of s. 7 of the *Charter*.

Unlike the analysis for overbreadth, where reasonable hypotheticals may be advanced, proportionality plays no role in vagueness analysis. When considering a vagueness claim, a court is required to perform its interpretive function in order to determine if an impugned provision provides the basis for legal debate. The comparative nature of proportionality is, therefore, not an element of vagueness analysis.

Section 13(1)(a) is not overbroad. Environmental protection is a legitimate concern of government and a very broad subject matter which does not lend itself to precise codification. The legislature, when pursuing the objective of environmental protection, is justified in choosing equally broad legislative language in order to provide for a necessary degree of flexibility. Section

dégradation d'un usage de l'environnement naturel qui n'est que concevable ou imaginable. Tant la dégradation que l'usage qui est affecté doivent avoir une certaine importance, compatible avec l'objectif de la protection de l'environnement.

Une fois que l'on a tenu compte de ces principes et moyens d'interprétation, la portée de l'al. 13(1)a) est raisonnablement délimitée et il peut y avoir un débat judiciaire sur son application à une situation factuelle particulière. C'est là tout ce qu'exige l'art. 7 de la *Charte*.

Bien que sa conduite fasse partie du «noyau» de l'activité polluante interdite par l'al. 13(1)a), CP conteste cette disposition en se fondant sur des situations de fait hypothétiques qui se trouvent en «périphérie». L'imprécision périphérique se produit lorsqu'une loi s'applique incontestablement au noyau d'une conduite, mais aussi, de façon incertaine, à d'autres activités. L'imprécision périphérique est le fondement de l'argument suivant lequel l'expression «relativement à tout usage qui peut en être fait [de l'environnement naturel]» est imprécise parce qu'elle n'est pas définie pour ce qui est du temps, du degré, de l'espace ou de l'utilisateur et que, partant, elle ne délimite pas clairement une «sphère de risque» pour les citoyens.

Les hypothèses raisonnables n'ont toutefois pas leur place dans une analyse de l'imprécision au regard de l'art. 7. Il n'est pas nécessaire d'examiner des situations factuelles hypothétiques puisqu'il appert clairement, après une analyse de la disposition et de son contexte, que la loi fournit ou non un fondement pour un débat judiciaire et, par conséquent, satisfait ou contrevient aux exigences de l'art. 7 de la *Charte*.

Contrairement à l'analyse de la portée excessive où il est possible d'avancer des hypothèses raisonnables, le facteur de la proportionnalité n'a aucun rôle à jouer dans l'analyse de l'imprécision. Le tribunal qui examine une prétention d'imprécision doit s'acquitter de sa fonction d'interprétation afin de déterminer si la disposition attaquée fournit un fondement pour un débat judiciaire. La nature comparative du facteur de proportionnalité ne constitue donc pas un élément de l'analyse de l'imprécision.

L'alinéa 13(1)a) n'a pas une portée excessive. La protection de l'environnement constitue une préoccupation légitime du gouvernement et il s'agit d'un sujet très vaste qui ne se prête pas aisément à une codification précise. Lorsque le législateur poursuit l'objectif de la protection de l'environnement, il a le droit de choisir un langage législatif tout aussi général afin de permettre un

13(1)(a), while it captures a broad range of polluting conduct, does not apply to pollution with only a trivial or minimal impact on a use of the natural environment. Moreover, the “use” condition limits the application of s. 13(1)(a) by requiring the Crown to establish not only that a polluting substance has been released, but also that an actual or likely use of the environment, which itself has some significance, has been impaired by the release. Speculative or purely imaginary uses of the environment are not captured by the provision. These limits on the application of s. 13(1)(a) prevent it from being deployed in situations where the objective of environmental protection is not implicated.

It was not necessary to decide whether the independent principle of overbreadth, as outlined in *R. v. Heywood*, is available to the appellant in the circumstances of this case. Section 13(1)(a) is simply not overbroad.

Per Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ.: Section 13(1)(a) of the Ontario EPA meets the test for vagueness under s. 7 in that it provides sufficient guidance for legal debate. The claim that the section is unconstitutionally overbroad also fails.

The availability of a defence can be relevant to s. 7 vagueness analysis if the fact that the defence exists sheds light on the meaning to be ascribed to an otherwise vague provision. The availability of the defence of due diligence, however, has no bearing on the question of whether s. 13(1)(a) EPA is unconstitutionally vague. This defence does not protect an accused from the consequences of his or her erroneous interpretation of a vague statutory provision and does nothing to impose standards on how such a provision is applied. Its availability is thus of no relevance to the s. 7 vagueness analysis.

Arguments based on hypothetical examples generally have little or no bearing on the s. 7 vagueness analysis since the task of a court conducting the analysis is to determine whether the law at issue provides “sufficient guidance for legal debate”, as distinct from actually interpreting it. This conclusion, however, is not based on any doctrine of standing similar to that found in U.S. case law (such as *Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982)). As this Court has

degré de souplesse nécessaire. Bien qu’il englobe une vaste gamme de conduites polluantes, l’al. 13(1)a n’inclut pas la pollution qui n’a qu’une incidence négligeable ou minime sur l’usage de l’environnement naturel. Par ailleurs, l’exigence d’un «usage» limite l’application de l’al. 13(1)a en imposant au ministère public qu’il établisse non seulement qu’une substance polluante a été rejetée, mais aussi qu’un usage réel ou vraisemblable de l’environnement, ce qui en soi a une certaine importance, a été détérioré par le rejet. La disposition n’englobe pas les usages hypothétiques ou purement imaginaires de l’environnement. Ces restrictions empêchent le recours à l’al. 13(1)a dans des situations où l’objectif de la protection de l’environnement n’est pas en jeu.

Il n’est pas nécessaire de déterminer si l’appelante peut, dans les circonstances de l’espèce, invoquer le critère autonome de portée excessive, esquissé dans l’arrêt *R. c. Heywood*. L’alinéa 13(1)a n’a tout simplement aucune portée excessive.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Cory: L’alinéa 13(1)a LPE satisfait au critère relatif à l’imprécision au regard de l’art. 7 en ce qu’il constitue un guide suffisant pour permettre un débat judiciaire. La prétention suivant laquelle cet article est inconstitutionnel pour cause de portée excessive ne peut non plus être retenue.

La possibilité d’invoquer un moyen de défense peut être pertinente dans le cas d’une analyse de l’imprécision au regard de l’art. 7 si l’existence de ce moyen de défense éclaire le sens à donner à une disposition par ailleurs imprécise. Toutefois, l’existence de la défense de diligence raisonnable n’a aucun rapport avec la question de savoir si l’al. 13(1)a LPE est d’une imprécision inconstitutionnelle. Ce moyen de défense ne protège pas la personne accusée contre l’interprétation erronée qu’elle peut faire d’un libellé législatif imprécis et n’a pas pour effet d’imposer des normes quant à la façon d’appliquer cette disposition. Par conséquent, l’existence de ce moyen de défense n’est pas pertinent pour l’analyse de l’imprécision au regard de l’art. 7.

Les arguments fondés sur des situations factuelles hypothétiques ont généralement peu de rapport, sinon aucun, avec l’analyse de l’imprécision au regard de l’art. 7 étant donné que la tâche du tribunal appelé à procéder à cette analyse consiste à déterminer si la loi en cause fournit «un guide suffisant pour un débat judiciaire» plutôt que de procéder effectivement à son interprétation. Toutefois, cette conclusion n’est pas fondée sur quelque théorie de la qualité pour agir apparentée aux

held on many occasions, a person charged with an offence in Canada need not show that the law at issue directly infringes his or her constitutional rights in order to have standing to raise a constitutional challenge. However, the fact that an accused's conduct clearly falls within the ambit of the impugned provision may still be relevant to the s. 7 vagueness analysis since the fact that an identifiable "core" of prohibited activity can be identified will often be a strong indicator that the terms of the law provide sufficient guidance for legal debate. It should also be noted that s. 7 vagueness claims will often be raised in conjunction with other arguments that do call for a consideration of hypothetical examples.

As this Court held in *R. v. Heywood*, s. 7 overbreadth analysis requires a comparison of the state's objectives underlying a statutory provision with the means it has chosen to achieve these objectives. In order to make such a comparison, it is necessary to interpret the statutory provision in question so as to determine what the means at issue are. The key to the interpretation of s. 13(1)(a) EPA is the expression "impairment of the quality of the natural environment for any use that can be made of it". Interpreting this expression requires that meaning be ascribed to two distinct phrases: the phrases "impairment of the quality" and "for any use that can be made [of the natural environment]".

Ordinarily, it can be presumed that a statute's literal meaning, as construed in the context of the statute as a whole, best reflects the intention of the legislature. In some cases, however, this presumption can be countered by the competing presumption that the legislature does not intend to violate the constitution. If the words in a statutory provision reasonably bear an interpretation other than a literal reading, the presumption of constitutionality can sometimes justify rejecting the literal interpretation in favour of the non-literal reading, when the former interpretation would render the legislation unconstitutional and the latter would not. If, however, the terms of the legislation are so unequivocal that no real alternative interpretation exists, respect for legislative intent requires that the court adopt the plain meaning, even if the legislation must then be struck down as unconstitutional.

principes retenus dans des affaires américaines (comme *Hoffman Estates c. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982)). Comme l'a statué notre Cour à de nombreuses reprises, la personne accusée d'une infraction au Canada n'est pas tenue de démontrer que la loi en cause viole directement ses droits constitutionnels pour qu'on lui reconnaisse la qualité pour soulever une contestation constitutionnelle. Toutefois, le fait que la conduite de l'accusé relève clairement de la disposition attaquée peut être pertinent pour l'analyse de l'imprécision au regard de l'art. 7 étant donné que le fait que l'on puisse déterminer un «noyau» identifiable d'activité prohibée sera souvent un bon indice pour conclure que la loi constitue un guide suffisant pour un débat judiciaire. Il faut également noter qu'il arrive souvent que les prétentions d'imprécision au regard de l'art. 7 soient associées à d'autres arguments qui eux exigent un examen de situations hypothétiques.

Comme notre Cour l'a statué dans l'arrêt *R. c. Heywood*, pour procéder à l'analyse de la portée excessive au regard de l'art. 7, il faut comparer les objectifs qui sous-tendent une disposition législative et les moyens choisis par l'État pour les atteindre. Pour effectuer une telle comparaison, il est nécessaire d'interpréter la disposition législative en cause pour déterminer la nature des moyens. La clé de l'interprétation de l'al. 13(1)a) LPE est l'expression «dégradation de la qualité de l'environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait». L'interprétation de cette expression nécessite l'attribution d'un sens à deux propositions distinctes: «dégradation de la qualité» et «relativement à tout usage qui peut en être fait [de l'environnement naturel]».

Normalement, on peut présumer que le sens littéral d'une loi interprétée dans son contexte global reflète le mieux l'intention du législateur. Dans certains cas, toutefois, cette présomption peut être réfutée par l'autre présomption selon laquelle le législateur ne souhaite pas violer la constitution. Si les mots figurant dans une disposition législative peuvent raisonnablement recevoir une interprétation différente du sens littéral, la présomption de constitutionnalité permet parfois de rejeter l'interprétation littérale en faveur de celle qui ne l'est pas, lorsque la première interprétation, mais non la dernière, aurait pour effet de rendre la loi inconstitutionnelle. Toutefois, si les termes de la loi sont à ce point non équivoques qu'il n'existe aucune autre interprétation possible, c'est le sens ordinaire que le tribunal doit adopter par respect pour l'intention du législateur, même si la loi doit être annulée parce qu'elle est inconstitutionnelle.

The expression “for any use that can be made of [the natural environment]” has an identifiable literal or “plain” meaning when viewed in the context of the EPA as a whole, particularly the other paragraphs of s. 13(1). When the terms of the other paragraphs are taken into account, it can be concluded that the literal meaning of the expression “for any use that can be made of [the natural environment]” is “any use that can conceivably be made of the natural environment by any person or other living creature”. In ordinary circumstances, once the “plain meaning” of the words in a statute have been identified there is no need for further interpretation. Different considerations can apply, however, in cases where a statute would be unconstitutional if interpreted literally. This is one of those exceptional cases, in that a literal interpretation of s. 13(1)(a) would fail to meet the test for overbreadth established in *Heywood*.

The state objective underlying s. 13(1)(a) EPA is, as s. 2 of the Act declares, “the protection and conservation of the natural environment”. This legislative purpose, while broad, is not without limits. In particular, the legislative interest in safeguarding the environment for “uses” requires only that it be preserved for those “uses” that are normal and typical, or that are likely to become normal or typical in the future. Interpreted literally, s. 13(1)(a) would capture a wide range of activities that fall outside the scope of the legislative purpose underlying it, and would fail to meet s. 7 overbreadth scrutiny. There is, however, an alternative interpretation of s. 13(1)(a) that renders it constitutional. Section 13(1)(a) can be read as expressing the general intention of s. 13(1) as a whole, and paras. 13(1)(b) through (h) can be treated as setting out specific examples of “impairment[s] of the quality of the natural environment for any use that can be made of it”. When viewed in this way, the restrictions place on the word “use” in paras. (b) through (h) can be seen as imported into (a) through a variant of the *ejusdem generis* principle. Interpreted in this manner, s. 13(1)(a) is no longer unconstitutionally overbroad, since the types of harms captured by paras. (b) through (h) fall squarely within the legislative intent underlying the section. In light of the presumption that the legislature intended to act in accordance with the constitution, it is appropriate to adopt this interpretation of s. 13(1)(a). Thus, the subsection should be understood as covering the situations captured by paras.

L’expression «relativement à tout usage qui peut en être fait [de l’environnement naturel]» a un sens littéral ou «ordinaire» identifiable lorsqu’elle est considérée dans le contexte global de la LPE, particulièrement dans celui des autres alinéas du par. 13(1). Lorsque l’on tient compte des termes utilisés dans les autres alinéas, on peut conclure que le sens littéral de l’expression «relativement à tout usage qui peut en être fait [de l’environnement naturel]» est «tout usage concevable qui peut être fait de l’environnement naturel par toute personne ou autre créature vivante». Dans des circonstances normales, dès que le «sens ordinaire» des mots employés dans une loi a été circonscrit, point n’est besoin de pousser plus loin l’exercice d’interprétation. Toutefois, diverses considérations peuvent s’appliquer dans des affaires où l’interprétation littérale d’une loi rendrait celle-ci inconstitutionnelle. La présente espèce appartient à ces affaires exceptionnelles en ce sens que s’il devait recevoir une interprétation littérale, l’al. 13(1)(a) ne satisferait pas au critère relatif à la portée excessive établi dans l’arrêt *Heywood*.

L’objectif de l’État qui sous-tend l’al. 13(1)(a) LPE est, selon le libellé de l’art. 2 de la Loi, «la protection et la conservation de l’environnement naturel». Bien que la portée des intentions du législateur soit générale, elle n’est pas illimitée. En particulier, l’intérêt du législateur dans la protection de l’environnement pour certains «usages» exige seulement qu’il soit préservé pour les «usages» qui sont normaux et typiques, ou qui sont susceptibles de le devenir un jour. Interprété littéralement, l’al. 13(1)(a) engloberait une vaste gamme d’activités qui débordent la portée de son objectif législatif sous-jacent, et ne satisferait pas à l’examen de la portée excessive au regard de l’art. 7. L’alinéa 13(1)(a) peut toutefois recevoir une autre interprétation qui le rend constitutionnel. Il est possible d’interpréter l’al. 13(1)(a) comme l’expression de l’objet général du paragraphe dans son ensemble et de voir en chacun des al. 13(1)(b) à (h) l’énonciation d’exemples spécifiques de «dégradation de la qualité de l’environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait». Vues de cette façon, les restrictions apportées au mot «usage» aux al. (b) à (h) peuvent être perçues comme incluses dans l’al. (a) par une variante de la règle *ejusdem generis*. Interprété de cette manière, l’al. 13(1)(a) cesse d’être inconstitutionnel en raison d’une portée excessive, puisque les types de maux englobés par les al. (b) à (h) sont clairement visés par l’intention législative sous-jacente à la disposition. Compte tenu de la présomption selon laquelle le législateur a voulu agir dans le respect de la constitution, il y a lieu d’interpréter l’al. 13(1)(a) de cette façon. Par conséquent, l’alinéa devrait être compris comme incluant les

13(1)(b) through (h), and any analogous situations that might arise.

The term "impairment" supports two alternative interpretations: it can be seen as covering even slight departures from the norm or, alternatively, as requiring a more marked departure. When interpreting a term that on its face bears two equally plausible meanings, it is appropriate to consider the consequences that would result from applying either interpretation to the statutory provision at issue, and to ask whether these consequences can plausibly be seen as having been intended by the legislature. If the term "impairment" in s. 13(1)(a) were interpreted as capturing all slight departures from the norm, virtually everyone in Ontario would regularly be in contravention of the section, and thus subject to fines or imprisonment. While the legislature has a legitimate interest in controlling pollution that results from multiple sources, each one insignificant in itself (such as air pollution resulting from automobile emissions) the legislature clearly did not consider the threat of imprisonment to be an appropriate means of addressing problems of this nature (for example, the legislature clearly did not contemplate the imprisonment of all Ontario drivers). Rather, the legislature intended to reserve the threat of imprisonment as a deterrent aimed at persons whose activities contribute significantly to an environmental problem. When the term "impairment" in s. 13(1)(a) is interpreted in this manner, the impugned provision is not overbroad in relation to the underlying legislative purpose.

Cases Cited

By Gonthier J.

Followed: *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367; **applied:** *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; **considered:** *R. v. Commander Business Furniture Inc.* (1992), 9 C.E.L.R. (N.S.) 185; **not followed:** *Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982); *Parker v. Levy*, 417 U.S. 733 (1974); **referred to:** *R. v. Morgentaler* (1985), 52 O.R. (2d) 353; *R. v. Lopes* (1988), 3 C.E.L.R. (N.S.) 78; *R. v. Royal Pacific Seafarms Ltd.* (1989), 7 W.C.B. (2d) 355; *Québec (P.G.) v. Noranda Inc. (Mines Noranda Ltée)* (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 158; *R. v. Algoma Steel Corp.* (1991), 14 W.C.B. (2d) 264; *R. v. Satellite Construction Ltd.* (1992), 8 C.E.L.R. (N.S.) 215; *R. v. Wholesale Travel*

situations visées par les al. 13(1)(b) à (h) et les situations analogues qui pourraient se présenter.

Le terme «dégradation» permet deux interprétations: on peut considérer qu'il vise même un faible écart par rapport à la norme ou, subsidiairement, qu'il exige un écart plus marqué. Lorsqu'il faut interpréter un terme qui, à première vue, peut permettre deux sens également plausibles, il y a lieu d'examiner les conséquences qui pourraient découler de l'une ou l'autre interprétation de la disposition législative en cause et de se demander si ces conséquences peuvent d'une manière plausible avoir été voulues par le législateur. Si on devait interpréter le mot «dégradation» de l'al. 13(1)(a) comme incluant tous les faibles écarts par rapport à la norme, pratiquement tous les Ontariens contreviendraient régulièrement à cet disposition et seraient donc passibles d'amendes et de peines d'emprisonnement. Même si le législateur a un intérêt légitime à assurer l'élimination de la pollution découlant de nombreuses sources qui, prises individuellement, n'ont qu'un effet négligeable (comme la pollution de l'air découlant des émissions dégagées par les automobiles), il est évident qu'il n'a pas pensé que la menace d'emprisonnement soit un moyen approprié pour résoudre les problèmes de cette nature (par exemple, le législateur n'a manifestement pas envisagé l'emprisonnement de tous les conducteurs en Ontario). Le législateur entend plutôt réserver la menace d'emprisonnement comme moyen de dissuasion pour les personnes dont les activités contribuent de façon importante à un problème d'environnement. Lorsque le mot «dégradation» figurant à l'al. 13(1)(a) est interprété de cette manière, la disposition attaquée n'a pas une portée excessive eu égard à l'objectif législatif sous-jacent.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêt suivi: *Canadian Pacific Railway Co. c. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367; **arrêt appliqué:** *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; **arrêt examiné:** *R. c. Commander Business Furniture Inc.* (1992), 9 C.E.L.R. (N.S.) 185; **arrêts non suivis:** *Hoffman Estates c. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982); *Parker c. Levy*, 417 U.S. 733 (1974); **arrêts mentionnés:** *R. c. Morgentaler* (1985), 52 O.R. (2d) 353; *R. c. Lopes* (1988), 3 C.E.L.R. (N.S.) 78; *R. c. Royal Pacific Seafarms Ltd.* (1989), 7 W.C.B. (2d) 355; *Québec (P.G.) c. Noranda Inc. (Mines Noranda Ltée)* (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 158; *R. c. Algoma Steel Corp.* (1991), 14 W.C.B. (2d) 264; *R. c. Satellite Construction Ltd.* (1992), 8 C.E.L.R. (N.S.) 215; *R. c. Wholesale*

Group Inc., [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Stellato* (1993), 78 C.C.C. (3d) 380, aff'd [1994] 2 S.C.R. 478; *R. v. McKenzie* (1955), 111 C.C.C. 317; *R. v. Smith* (1992), 73 C.C.C. (3d) 285; *R. v. Winlaw* (1988), 13 M.V.R. (2d) 112; *R. v. Bruhjell*, [1986] B.C.J. No. 746 (QL); *R. v. Campbell* (1991), 87 Nfld. & P.E.I.R. 269; *The "Reward"* (1818), 2 Dods. 265, 165 E.R. 1482; *Qualico Developments Ltd. v. M.N.R.* (1984), 51 N.R. 387; *Galt Art Metal Co. v. Pedlar People Ltd.*, [1935] O.R. 126; *Elias v. Insurance Corp. of British Columbia* (1992), 95 D.L.R. (4th) 303; *Watts v. Centennial Insurance Co.* (1967), 62 W.W.R. 175; *Rockert v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 704; *Stevenson v. R.* (1980), 19 C.R. (3d) 74; *Conlin v. Prowse* (1993), 109 D.L.R. (4th) 243; *Pickering Twp. v. Godfrey*, [1958] O.R. 429; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *R. v. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163; *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940); *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761.

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; **considered:** *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; **not followed:** *Parker v. Levy*, 417 U.S. 733 (1974); *Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982); **referred to:** *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *Smithers v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend certain Acts respecting the Environment, S.O. 1988, c. 54, s. 10 [rep. and repl. R.S.O. 1980, c. 141, s. 13; subsequently renumbered, R.S.O. 1990, c. E.19, s. 14(1)].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 12.

Travel Group Inc., [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Stellato* (1993), 78 C.C.C. (3d) 380, conf. par [1994] 2 R.C.S. 478; *R. c. McKenzie* (1955), 111 C.C.C. 317; *R. c. Smith* (1992), 73 C.C.C. (3d) 285; *R. c. Winlaw* (1988), 13 M.V.R. (2d) 112; *R. c. Bruhjell*, [1986] B.C.J. No. 746 (QL); *R. c. Campbell* (1991), 87 Nfld. & P.E.I.R. 269; *The «Reward»* (1818), 2 Dods. 265, 165 E.R. 1482; *Qualico Developments Ltd. c. M.N.R.* (1984), 51 N.R. 387; *Galt Art Metal Co. c. Pedlar People Ltd.*, [1935] O.R. 126; *Elias c. Insurance Corp. of British Columbia* (1992), 95 D.L.R. (4th) 303; *Watts c. Centennial Insurance Co.* (1967), 62 W.W.R. 175; *Rockert c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 704; *Stevenson c. R.* (1980), 19 C.R. (3d) 74; *Conlin c. Prowse* (1993), 109 D.L.R. (4th) 243; *Pickering Twp. c. Godfrey*, [1958] O.R. 429; *R. c. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *R. c. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163; *Thornhill c. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940); *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; **arrêts examinés:** *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; **arrêts non suivis:** *Parker c. Levy*, 417 U.S. 733 (1974); *Hoffman Estates c. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982); **arrêts mentionnés:** *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Broadrick c. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973.

Lois et règlements cités

Act to amend certain Acts respecting the Environment, L.O. 1988, ch. 54, art. 10 [abr. et mod. R.S.O. 1980, ch. 141, art. 13; devenu L.R.O. 1990, ch. E.19, art. 14(1)].
Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 12.

- Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C., 1985, c. 16 (4th Supp.), s. 67.
- Clean Environment Act*, R.S.N.B. 1973, c. C-6, s. 5.3 [ad. S.N.B. 1989, c. 52, s. 6; am. S.N.B. 1993, c. 13, s. 5].
- Constitution Act, 1982*, s. 52.
- Environment Quality Act*, R.S.Q. 1977, c. Q-2, s. 20.
- Environmental Management and Protection Act*, S.S. 1983-84, c. E-10.2, ss. 2(v), 34.1 [ad. S.S. 1992, c. 49, s. 5].
- Environmental Protection Act*, R.S.N.S. 1989, c. 150, ss. 3(f)(i)(A), (n), 23(1).
- Environmental Protection Act*, R.S.O. 1980, c. 141, ss. 1(1)(c) [am. S.O. 1983, c. 52, s. 1], (k), 2, 13(1)(a), (b), (c), (d), (e), (f), (g) [*ibid.*, s. 4], (h) [*idem*], (2), 23(1)(c), (2), 73.
- Environmental Protection Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. E-9, s. 20.
- Environmental Protection and Enhancement Act*, S.A. 1992, c. E-13.3, s. 98.
- Municipal Act*, R.S.O. 1950, c. 243, s. 390.
- Waters Protection Act*, R.S.N. 1990, c. W-5, s. 8.
- Environmental Management and Protection Act*, S.S. 1983-84, ch. E-10.2, art. 2(v), 34.1 [aj. S.S. 1992, ch. 49, art. 5].
- Environmental Protection Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 150, art. 3(f)(i)(A), (n), 23(1).
- Environmental Protection Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. E-9, art. 20.
- Environmental Protection and Enhancement Act*, S.A. 1992, ch. E-13.3., art. 98.
- Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. (1985), ch. 16 (4^e suppl.), art. 67.
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.
- Loi sur l'assainissement de l'environnement*, L.R.N.-B. 1973, ch. C-6, art. 5.3 [aj. L.N.-B. 1989, ch. 52, art. 6; mod. L.N.-B. 1993, ch. 13, art. 5].
- Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1980, ch. 141, art. 1(1)(c) [mod. S.O. 1983, ch. 52, art. 1], (k), 2, 13(1)(a), (b), (c), (d), (e), (f), (g) [*ibid.*, art. 4], (h) [*idem*], (2), 23(1)(c), (2), 73.
- Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q. 1977, ch. Q-2, art. 20.
- Municipal Act*, R.S.O. 1950, ch. 243, art. 390.
- Waters Protection Act*, R.S.N. 1990, ch. W-5, art. 8.

Authors Cited

- Butler, Andrew S. "A Presumption of Statutory Conformity with the *Charter*" (1993), 19 *Queen's L.J.* 209.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 44. *Crimes Against the Environment*. Ottawa: The Commission, 1985.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Jadach, Christina L. "Pre-enforcement Constitutional Challenges to Legislation after *Hoffman Estates*: Limiting the Vagueness and Overbreadth Doctrines" (1983), 20 *Harv. J. on Legis.* 617.
- United Nations. World Commission on Environmental and Development. Experts Group on Environmental Law. Report of the Experts Group on Environmental Law of the World Commission on Environment and Development (WCED). *Legal Principles for Environmental Protection and Sustainable Development*. U.N. Doc. WCED/86/23/Add. 1 (1986), A/42/427, Annex I. In Edith Brown Weiss, Danile Barstow Magraw and Paul C. Szasz, eds. *International Environmental Law: Basic Instruments and References*.

Doctrine citée

- Butler, Andrew S. «A Presumption of Statutory Conformity with the *Charter*» (1993), 19 *Queen's L.J.* 209.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 44. *Les crimes contre l'environnement*. Ottawa: La Commission, 1985.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Jadach, Christina L. «Pre-enforcement Constitutional Challenges to Legislation after *Hoffman Estates*: Limiting the Vagueness and Overbreadth Doctrines» (1983), 20 *Harv. J. on Legis.* 617.
- Nations Unies. Commission mondiale pour l'environnement et le développement. Groupe d'experts du droit de l'environnement. Rapport du groupe d'experts du droit de l'environnement de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement (CMED). *Principes juridiques proposés pour la protection de l'environnement et un développement durable*. N.U. Doc. CMED/86/23/Add. 1 (1986), A/42/427, annexe I. Dans Edith Brown Weiss, Danile Barstow Magraw et Paul C. Szasz, dir., *International Environmental*

Dobbs Ferry, N.Y.: Transnational Publishers, Inc., 1992.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 13 O.R. (3d) 389, 63 O.A.C. 222, 103 D.L.R. (4th) 255, 10 C.E.L.R. (N.S.) 169, 81 C.C.C. (3d) 498, 22 C.R. (4th) 238, 15 C.R.R. (2d) 278, allowing an appeal from a judgment of Fraser Prov. Div. J. (1992), 9 C.E.L.R. (N.S.) 26 allowing an appeal from acquittal by the Provincial Offences Court of Ontario. Appeal dismissed.

H. C. Wendlandt and G. Despars, for the appellant.

David Lepofsky and Pat Moran, for the respondent.

Jean Bouchard, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Kenneth J. Tyler and Stewart J. Pierce, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Graeme G. Mitchell, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Richard D. Lindgren, for the intervener Canadian Environmental Law Association (written submission only).

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ. were delivered by

LAMER C.J. — I have read the reasons of my colleague Justice Gonthier, and find myself in substantial agreement with his analysis of the appellant's claim that s. 13(1)(a) of the Ontario *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1980, c. 141 ("EPA"), is unconstitutionally vague, subject to certain additional comments that I will set out below. In particular, I agree with my colleague's conclusion that the section provides sufficient guidance for legal debate, and therefore meets the test for vagueness set out by this Court in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606. On the question of the actual interpretation

Law: Basic Instruments and References. Dobbs Ferry, N.Y.: Transnational Publishers, Inc., 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 13 O.R. (3d) 389, 63 O.A.C. 222, 103 D.L.R. (4th) 255, 10 C.E.L.R. (N.S.) 169, 81 C.C.C. (3d) 498, 22 C.R. (4th) 238, 15 C.R.R. (2d) 278, qui a accueilli l'appel contre un jugement du juge Fraser de la Cour de l'Ontario, Division provinciale (1992), 9 C.E.L.R. (N.S.) 26, qui avait accueilli l'appel contre l'acquiescement prononcé par la Cour des infractions provinciales de l'Ontario. Pourvoi rejeté.

H. C. Wendlandt et G. Despars, pour l'appelante.

David Lepofsky et Pat Moran, pour l'intimée.

Jean Bouchard, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Kenneth J. Tyler et Stewart J. Pierce, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Graeme G. Mitchell, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Richard D. Lindgren, pour l'intervenante l'Association canadienne du droit de l'environnement (arguments écrits seulement).

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Sopinka et Cory rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Gonthier et, sous réserve de certains commentaires additionnels que je ferai plus loin, je souscris essentiellement à l'analyse qu'il a faite de la prétention de l'appelante selon laquelle l'al. 13(1)a) de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario, L.R.O. 1980, ch. 141, («LPE») serait d'une imprécision inconstitutionnelle. En particulier, je souscris à sa conclusion que la disposition fournit un guide suffisant pour permettre un débat judiciaire et qu'elle satisfait donc au critère relatif à l'imprécision énoncé par notre Cour dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceu-*

that should be given to s. 13(1)(a), however, I find that although my colleague and I adopt substantially similar interpretations of the section, we reach our conclusions on the basis of different principles of construction. Therefore, while I agree with Gonthier J. that the appellant's alternative claim that the section is unconstitutionally overbroad also fails, and that the appeal should accordingly be dismissed, I arrive at this conclusion by a somewhat different route from that taken by my colleague.

I. The Section 7 Vagueness Claim

² In *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, the Court (*per* Gonthier J.) established the test for assessing "void for vagueness" claims under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, declaring (at p. 643) that "a law will be found unconstitutionally vague if it so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate". As my colleague observes in his reasons, vague laws have the potential to violate the requirements of the principles of fundamental justice that citizens be provided with fair notice of prohibited conduct, and that there be adequate safeguards against selective and arbitrary law enforcement. As I noted above, on the issue of vagueness I am in substantial agreement with Gonthier J.'s s. 7 analysis, and with his conclusion that s. 13(1)(a) EPA is not unconstitutionally vague. I wish, however, to make a few brief comments in connection with two points: the relevance of the existence of a defence of due diligence to the issue of vagueness under s. 7, and the role of "reasonable hypotheticals" in the s. 7 vagueness analysis.

A. *The Relevance of the Defence of Due Diligence to Section 7 Vagueness Analysis*

tical Society, [1992] 2 R.C.S. 606. Toutefois, pour ce qui est de l'interprétation à donner à l'al. 13(1)(a), j'estime que, même si nous adoptons des interprétations essentiellement semblables, mon collègue et moi fondons nos conclusions sur des principes d'interprétation différents. Par conséquent, quoique je convienne avec le juge Gonthier que ne peut être retenue la prétention subsidiaire de l'appelante voulant que cette disposition soit inconstitutionnelle pour cause de portée excessive et que le pourvoi doit donc être rejeté, j'arrive à cette conclusion par une voie quelque peu différente de la sienne.

I. La prétention d'imprécision au regard de l'art. 7

Dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, notre Cour (le juge Gonthier) a établi le critère d'appréciation des prétentions de «nullité pour cause d'imprécision» au regard de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en déclarant (à la p. 643) qu'«une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire». Comme le note mon collègue dans ses motifs, les lois imprécises risquent de violer les principes de justice fondamentale selon lesquels les citoyens doivent recevoir un avertissement raisonnable au sujet d'une conduite interdite et disposer de garanties adéquates contre l'application sélective et arbitraire de la loi. Comme je l'ai dit plus haut, en ce qui concerne la question de l'imprécision, je suis essentiellement d'accord avec l'analyse au regard de l'art. 7 qu'a faite le juge Gonthier et avec sa conclusion que l'al. 13(1)(a) LPE n'est pas d'une imprécision inconstitutionnelle. Je voudrais toutefois faire quelques brefs commentaires sur deux points: la pertinence, relativement à l'imprécision, de l'existence d'un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable, et le rôle des «hypothèses raisonnables» dans l'analyse de l'imprécision au regard de l'art. 7.

A. *La pertinence de la défense de diligence raisonnable dans l'analyse de l'imprécision au regard de l'art. 7*

In its submissions, the respondent argued that the fact that persons charged with violations of s. 13(1)(a) can raise a defence of “due diligence” was relevant to the issue of whether the subsection fails s. 7 vagueness analysis. With respect, I do not agree that the availability of the defence of due diligence has any bearing on the question of whether the impugned provision in the present case is unconstitutionally vague. In my view, while the fact that a defence exists will often shed light on the meaning that is to be ascribed to an otherwise vague provision, and thus be relevant to s. 7 vagueness analysis, this is not the case with every defence. What is important is the relation between the defence and the terms of the statute that are said to be unconstitutionally imprecise. In *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, for instance, the defences established in s. 319(3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to prosecutions for “wilfully promoting hatred” under s. 319(2) provided considerable assistance in interpreting the ambit of the offence in s. 319(2). As Dickson C.J. observed (at p. 779, in the context of considering vagueness under s. 1 of the *Charter*):

[The s. 319(3)] defences are . . . intended to aid in making the scope of the wilful promotion of hatred more explicit; individuals engaging in the type of expression described [in s. 319(3)] are thus given a strong signal that their activity will not be swept into the ambit of the offence. The result is that what danger exists that s. 319(2) is overbroad or unduly vague, or will be perceived as such, is significantly reduced.

In contrast, the fact that the defence of due diligence is available does not help provide a basis for interpreting the term “use” in s. 13(1)(a) of the Ontario EPA. As Dickson J. (as he then was) noted in *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, at p. 1326:

[The defence of due diligence] involves consideration of what a reasonable man would have done in the circum-

Dans son argumentation, l’intimée a soutenu que le fait que les personnes accusées d’avoir enfreint l’al. 13(1)a puissent invoquer la «diligence raisonnable» comme moyen de défense était pertinent quant à la question de savoir si l’alinéa échoue à l’analyse de l’imprécision au regard de l’art. 7. Avec égards, je ne puis conclure que l’existence de la défense de diligence raisonnable ait quelque rapport avec la question de savoir si la disposition attaquée en l’espèce est d’une imprécision inconstitutionnelle. À mon avis, même s’il arrive souvent que l’existence d’un moyen de défense éclaire le sens à donner à une disposition par ailleurs imprécise et, partant, soit pertinente relativement à l’analyse de l’imprécision au regard de l’art. 7, cela n’est pas le cas pour tous les moyens de défense. L’important, c’est le lien entre le moyen de défense et les termes de la loi censés être d’une imprécision inconstitutionnelle. Dans l’arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, par exemple, les moyens de défense établis au par. 319(3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, contre des accusations d’avoir «foment[é] volontairement la haine», au sens du par. 319(2), ont beaucoup aidé à interpréter la portée de l’infraction prévue à ce paragraphe. Comme le dit le juge en chef Dickson (à la p. 779, dans le cadre d’un examen de l’imprécision au regard de l’article premier de la *Charte*):

Ces moyens de défense [prévus au par. 319(3)] servent [. . .] à aider à préciser de façon plus explicite la portée de la fomentation volontaire de la haine; ils indiquent clairement aux personnes se livrant au genre d’expression ainsi décrite [au par. 319(3)] que cette activité échappe à la portée de l’infraction. Il en résulte une diminution appréciable du danger, s’il en est, que le par. 319(2) soit de portée trop large ou démesurément vague, ou qu’il soit ainsi perçu.

Par contre, le fait qu’on puisse invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense n’aide pas à l’établissement d’une base pour l’interprétation du mot «usage» figurant à l’al. 13(1)a LPE. Comme l’a dit le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, à la p. 1326:

[La défense de diligence raisonnable] comporte l’examen de ce qu’une personne raisonnable aurait fait dans

stances. The defence will be available if the accused reasonably believed in a mistaken set of facts which, if true, would render the act or omission innocent, or if he took all reasonable steps to avoid the particular event.

The defence does not, however, protect an accused from his or her erroneous interpretation of the terms of a statute, since this is an error of law rather than of fact. This sort of error is, of course, the type most likely to arise as a consequence of vague language having been used in a statute. Although the defence of due diligence prevents some actors from being found liable under s. 13(1)(a), it does nothing to impose standards on the application of the section in other cases. In my view, since the availability of the defence does nothing to address the problems that might potentially arise as a result of the imprecise language employed by the drafters of s. 13(1)(a), it is of no relevance to the s. 7 vagueness analysis.

B. *The Role of Reasonable Hypotheticals in Section 7 Vagueness Analysis*

5

I agree with Gonthier J.'s conclusion that arguments based on hypothetical fact situations will generally have little or no bearing on the analysis that is required when assessing s. 7 vagueness claims. I wish to emphasize, however, that this results from the nature of the s. 7 vagueness analysis itself, as set out in *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, rather than as a consequence of any limitations on standing akin to those found in American case law. As *Nova Scotia Pharmaceutical Society* indicates, the task of a court conducting s. 7 vagueness analysis is to determine whether the law at issue provides "sufficient guidance for legal debate". Put another way, the court must determine whether the words chosen by the legislature provide an adequate foundation upon which to anchor an interpretation of the law that provides adequate notice of prohibited conduct and guards against "standardless sweeps". Determining whether a law can be interpreted in this manner is, however, a distinct process from actually interpreting the law.

les circonstances. La défense sera recevable si l'accusé croyait pour des motifs raisonnables à un état de faits inexistant qui, s'il avait existé, aurait rendu l'acte ou l'omission innocent, ou si l'accusé a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter l'événement en question.

Ce moyen de défense ne protège toutefois pas la personne accusée contre l'interprétation erronée qu'elle peut faire du libellé de la loi puisqu'il s'agit d'une erreur de droit plutôt que de fait. Ce type d'erreur est, bien sûr, celui qui risque le plus de se produire par suite de l'emploi d'un libellé législatif imprécis. Même si elle permet à certains d'éviter d'être jugés responsables sous le régime de l'al. 13(1)a, la défense de diligence raisonnable n'a pas pour effet d'imposer des normes quant à l'application de cette disposition à d'autres affaires. À mon avis, puisque l'existence de ce moyen de défense ne contribue aucunement à résoudre les problèmes qui pourraient survenir en raison de l'utilisation d'un libellé imprécis par les rédacteurs de l'al. 13(1)a, elle n'est pas pertinente pour l'analyse de l'imprécision au regard de l'art. 7.

B. *Le rôle des hypothèses raisonnables dans l'analyse de l'imprécision au regard de l'art. 7*

Je suis d'accord avec la conclusion du juge Gonthier qu'en général les arguments fondés sur des situations factuelles hypothétiques ont peu de rapport, sinon aucun, avec l'analyse que requiert l'examen des prétentions d'imprécision au regard de l'art. 7. Je voudrais toutefois souligner que cela découle, à mon avis, de la nature même de l'analyse de l'imprécision au regard de l'art. 7, telle qu'elle a été établie dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, plutôt que de l'imposition de quelque limite à la qualité pour agir, comme celles que l'on retrouve dans la jurisprudence américaine. Comme l'indique l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, la tâche du tribunal appelé à procéder à une analyse de l'imprécision au regard de l'art. 7 consiste à déterminer si la loi en cause fournit «un guide suffisant pour un débat judiciaire». En d'autres termes, le tribunal doit déterminer si les mots choisis par le législateur fournissent un fondement adéquat pour ancrer une interprétation de la loi qui donne un avis adéquat

While a court that actually interprets a law also demonstrates in the process that the law is capable of interpretation, the converse is not true — it is possible to establish that a law is capable of being interpreted while leaving for another day the actual problem of interpreting it. When called on actually to interpret a law, a court will usually be required to draw lines separating prohibited from non-prohibited conduct. In so doing, considering how the law would apply to hypothetical fact situations will often be a useful analytical tool. In contrast, when analysing whether a law is capable of being interpreted, recourse to such hypotheticals will often be unnecessary, since all that is required is that it be established that the law provides sufficient guidance to direct the interpretive exercise.

Although hypothetical examples are thus of limited utility when conducting s. 7 vagueness analysis of legislation, I wish to emphasize that this conclusion has nothing whatsoever to do with the question of who has standing to challenge the legislation's constitutionality. More specifically, this conclusion is not based on any doctrine of standing similar to that found in American cases such as *Parker v. Levy*, 417 U.S. 733 (1974), and *Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982), cases that were relied on by the trial judge and the Court of Appeal in the present case. In *Parker*, the U.S. Supreme Court held, at p. 756, that “[o]ne to whose conduct a statute clearly applies may not successfully challenge it for vagueness”. This position was subsequently reaffirmed in *Hoffman Estates*, *supra*, where the court stated, at p. 495:

A plaintiff who engages in some conduct that is clearly proscribed cannot complain of the vagueness of the law

du comportement prohibé et qui ne laisse pas une «large place à l'arbitraire». C'est une chose de déterminer si une loi peut être interprétée de cette façon, et une tout autre chose de procéder effectivement à l'interprétation de la loi. S'il est vrai que le tribunal qui interprète une loi se trouve, par le fait même, à démontrer que la loi peut faire l'objet d'une interprétation, la réciproque ne l'est pas — il est possible d'établir qu'une loi peut faire l'objet d'une interprétation tout en reportant à plus tard la tâche de procéder à son interprétation. Lorsqu'il est effectivement appelé à interpréter une loi, le tribunal doit habituellement tracer des lignes de démarcation entre la conduite interdite et celle qui ne l'est pas. Dans ce processus, le recours à des situations factuelles hypothétiques pour déterminer comment la loi pourrait s'y appliquer constitue souvent un outil analytique utile. Par contre, lorsqu'il s'agit de déterminer si une loi peut faire l'objet d'une interprétation, il est souvent inutile de recourir à de telles situations hypothétiques puisqu'il suffit simplement d'établir que la loi constitue un guide suffisant pour orienter le processus d'interprétation.

Même si je conclus que les exemples hypothétiques sont ainsi d'une utilité limitée lorsqu'il s'agit de procéder à une analyse de l'imprécision de la loi au regard de l'art. 7, je voudrais souligner que cela n'a absolument rien à voir avec la question de savoir qui a qualité pour contester la constitutionnalité de la loi. De façon plus précise, cette conclusion n'est pas fondée sur quelque théorie de la qualité pour agir apparentée aux principes retenus dans des affaires américaines comme *Parker c. Levy*, 417 U.S. 733 (1974), et *Hoffman Estates c. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982), décisions sur lesquelles se sont fondés le juge du procès et la Cour d'appel en l'espèce. Dans *Parker*, la Cour suprême des États-Unis a conclu (à la p. 756) que [TRADUCTION] «[c]elui dont la conduite est clairement visée par une loi ne peut l'attaquer avec succès pour cause d'imprécision». Cette position fut réaffirmée dans la décision *Hoffman Estates*, précitée, où la cour a dit (à la p. 495):

[TRADUCTION] Le demandeur qui s'engage dans une conduite qui est clairement prohibée ne peut se plaindre

as applied to the conduct of others. A court should therefore examine the complainant's conduct before analyzing other hypothetical applications of the law.

This approach accords with the general American doctrine on standing to challenge legislation's constitutionality, which was described by the U.S. Supreme Court in the following terms in *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973), *per White J.*, at pp. 610-11 :

Embedded in the traditional rules governing constitutional adjudication is the principle that a person to whom a statute may constitutionally be applied will not be heard to challenge that statute on the ground that it may conceivably be applied unconstitutionally to others, in other situations not before the Court . . . [This principle reflects] the conviction that under our constitutional system courts are not roving commissions assigned to pass judgment on the validity of the Nation's laws.

7

This Court, however, has adopted a different approach to the question of standing in Canada, in recognition of the Canadian constitution's distinct structure — in particular, the existence of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, which declares that laws that are inconsistent with the provisions of the Constitution are "to the extent of the inconsistency, of no force or effect". As Dickson J. observed in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 313-14:

Section 52 [of the *Constitution Act, 1982*] sets out the fundamental principle of constitutional law that the Constitution is supreme. The undoubted corollary to be drawn from this principle is that no one can be convicted of an offence under an unconstitutional law. The respondent [Big M] did not come to court voluntarily as an interested citizen asking for a prerogative declaration that a statute is unconstitutional. If it had been engaged in such "public interest litigation" it would have had to fulfill the status requirements laid down by this Court in the trilogy of "standing" cases . . . but that was not the reason for its appearance in Court.

Any accused, whether corporate or individual, may defend a criminal charge by arguing that the law under which the charge is brought is constitutionally invalid. Big M is urging that the law under which it has been

de l'imprécision de la loi telle qu'elle s'applique à la conduite d'autrui. Le tribunal doit par conséquent examiner la conduite du plaignant avant d'analyser d'autres applications hypothétiques de la loi.

Ce point de vue correspond à la théorie américaine généralement acceptée en matière de qualité pour attaquer la constitutionnalité de dispositions législatives, laquelle a été décrite en ces termes dans l'affaire *Broadrick c. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973), le juge White, aux pp. 610 et 611:

[TRADUCTION] Au rang des règles traditionnelles régissant les décisions en matière constitutionnelle se trouve le principe selon lequel la personne à qui une loi peut constitutionnellement s'appliquer n'est pas habilitée à attaquer cette loi au seul motif qu'elle pourrait théoriquement s'appliquer inconstitutionnellement à d'autres, dans d'autres situations que celles dont la Cour est saisie. [. . .] [Ce principe reflète] la conviction que, dans notre système constitutionnel, les tribunaux ne sont pas des commissions itinérantes chargées de se prononcer sur la validité des lois de la nation.

Notre Cour a toutefois adopté un point de vue différent à l'égard de la question de la qualité pour agir au Canada, reconnaissant ainsi la structure constitutionnelle distincte du pays — en particulier l'existence de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui déclare que la Constitution «rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit». Comme l'a dit le juge Dickson dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, aux pp. 313 et 314:

L'article 52 [de la *Loi constitutionnelle de 1982*] énonce le principe fondamental du droit constitutionnel, savoir la suprématie de la Constitution. De ce principe il découle indubitablement que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle. Ce n'est pas volontairement, à titre de citoyen intéressé qui demande qu'une loi soit déclarée inconstitutionnelle, que l'intimée [Big M] se trouve devant les tribunaux. S'il s'était agi de ce genre de «litige d'intérêt public», elle aurait eu à satisfaire aux exigences relatives à la qualité pour agir que cette Cour a établies dans les trois arrêts suivants [. . .] Toutefois, ce n'est pas la raison pour laquelle elle s'est présentée en Cour.

Tout accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l'accusation est portée est inconstitutionnelle. Big M

charged is inconsistent with s. 2(a) of the *Charter* and by reason of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, it is of no force or effect.

This principle has been reconfirmed by this Court on many subsequent occasions. For instance, in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, Dr. Morgentaler was allowed to argue that the law under which he was charged violated s. 7 as a consequence of its impact on some women, and his acquittal was restored. Similarly, in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, the Court confirmed that a corporation was entitled to challenge the constitutionality of the law under which it was charged, notwithstanding the fact that the constitutional challenge was based on s. 7, which does not grant rights to corporations (see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927). In my view, this principle applies equally to s. 7 vagueness challenges. That is, a person charged with an offence need not demonstrate that the law at issue directly infringes his or her constitutional rights in order to obtain standing to raise a constitutional challenge. That is not to say, however, that the fact that an accused's conduct clearly falls within the ambit of the law is irrelevant to the question of whether the law is unconstitutionally vague — rather, the fact that there is some identifiable “core” of activity prohibited by the law will often be a strong indicator that the terms of the law provide sufficient guidance for legal debate. Furthermore, the fact that an accused has standing to challenge a law does not inevitably mean that he or she will benefit from a finding that the law is unconstitutional, since there is always the possibility that a court might be able to sever or read down the offending provision so as to maintain its applicability to the accused's particular case (whether this is possible will, of course, depend on how the principles I set out in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at pp. 705ff, apply to the particular piece of legislation at issue). Depending on the circumstances, the fact that the impugned law is directed at an identifiable “core” of conduct may be a factor to consider in deciding whether either of these remedial alternatives are appropriate. Of course, if it proves necessary to strike the offending law down in its entirety, this

soutient que la loi en vertu de laquelle elle est accusée est incompatible avec l'al. 2a) de la *Charte* et qu'elle est inopérante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Ce principe a souvent été confirmé par notre Cour. Dans l'affaire *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, par exemple, le D^r Morgentaler a pu faire valoir que la loi en vertu de laquelle il était accusé violait l'art. 7 par suite de son incidence sur certaines femmes, et obtenir ainsi le rétablissement de son acquittement. De même, dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, notre Cour a confirmé qu'une personne morale avait le droit de contester la constitutionnalité de la loi en vertu de laquelle elle était accusée, nonobstant le fait que la contestation constitutionnelle était fondée sur l'art. 7, qui n'accorde aucun droit aux personnes morales (voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927). À mon avis, ce principe s'applique également aux contestations fondées sur l'imprécision au regard de l'art. 7. Ainsi, la personne accusée d'une infraction n'est pas tenue de démontrer que la loi en cause viole directement ses droits constitutionnels pour qu'on lui reconnaisse la qualité pour soulever une contestation constitutionnelle. Toutefois, cela ne signifie pas pour autant que le fait que la conduite de l'accusé relève clairement de la loi soit sans rapport avec la question de savoir si la loi est d'une imprécision inconstitutionnelle, mais plutôt que le fait qu'il existe quelque «noyau» identifiable d'activité prohibée par la loi sera souvent un bon indice pour conclure que la loi constitue un guide suffisant pour un débat judiciaire. En outre, le fait que la personne accusée a qualité pour contester une loi n'implique pas inévitablement qu'elle bénéficiera d'une décision prononçant l'inconstitutionnalité de la loi, puisqu'il y a toujours la possibilité qu'un tribunal retranche ou atténue la disposition fautive de façon à en maintenir l'applicabilité à la situation particulière de l'accusé (possibilité qui dépend, bien sûr, de la façon dont les principes que j'ai énoncés dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, aux pp. 705 et suivantes, s'appliquent à la disposition législative en cause). Selon les circonstances, le fait que la loi attaquée vise un «noyau» de conduite identifiable peut être un facteur à considérer lorsqu'il s'agit de

invalidation will apply to the prosecution of the accused's case: see *Wholesale Travel*, *supra*, at pp. 179ff.

8 It should be noted that although s. 7 vagueness analysis itself requires courts only to establish whether or not a given law is capable of being interpreted, and does not demand that courts take the next step and actually provide an interpretation, vagueness claims will often be raised in conjunction with other arguments that do require courts actually to engage in the interpretive process. Once it has been established that a given law provides sufficient guidance for legal debate, many accused persons will attempt to argue that the law, when properly understood, does not prohibit their conduct. Alternatively, they may argue that while the law does apply to them on its face, the law itself is unconstitutionally overbroad (see *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761) and thus violates s. 7. In order to resolve these claims, it will generally be necessary for a court actually to interpret the law and identify the boundary between prohibited and non-prohibited conduct. When conducting this analysis, it will often prove necessary to consider hypotheticals, even when this is not required at the s. 7 vagueness analysis stage.

II. The Section 7 Overbreadth Claim

9 The alternative constitutional argument open to the appellant in this case is based on the protection s. 7 of the *Charter* provides against overbroad laws. The principles governing s. 7 overbreadth analysis were set out by Cory J. (writing for the majority) in *Heywood*, *supra*, at pp. 792-93:

Overbreadth analysis looks at the means chosen by the state in relation to its purpose. In considering whether a legislative provision is overbroad, a court must ask the question: are those means necessary to achieve the State objective? If the State, in pursuing a

décider si l'une ou l'autre de ces réparations est appropriée. Bien sûr, s'il s'avère nécessaire d'invalider totalement la loi fautive, cette invalidation s'appliquera à la poursuite engagée contre l'accusé: voir *Wholesale Travel*, précité, aux pp. 179 et suivantes.

Il faut se rappeler que même si, en soi, l'analyse de l'imprécision au regard de l'art. 7 n'oblige les tribunaux qu'à déterminer si une loi particulière peut faire l'objet d'une interprétation, sans exiger d'eux qu'ils passent à l'étape suivante et procèdent effectivement à une interprétation, il arrive souvent que les prétentions d'imprécision soient associées à d'autres arguments qui eux exigent que les tribunaux s'engagent effectivement dans le processus d'interprétation. Une fois établie la conclusion qu'une loi particulière constitue un guide suffisant pour un débat judiciaire, beaucoup d'accusés tenteront de faire valoir que, lorsqu'elle est bien comprise, cette loi n'interdit pas leur conduite. Ils peuvent également prétendre que même si, à première vue, elle s'applique à eux, la loi elle-même est inconstitutionnelle en raison de sa portée excessive (voir l'arrêt *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761) et viole ainsi l'art. 7. Pour pouvoir résoudre ces prétentions, le tribunal devra généralement interpréter la loi et tracer la ligne de démarcation entre la conduite prohibée et celle qui ne l'est pas. Pour procéder à cette analyse, il lui sera souvent nécessaire d'examiner des situations hypothétiques, même si cela ne s'impose pas à l'étape de l'analyse de l'imprécision au regard de l'art. 7.

II. La prétention de portée excessive au regard de l'art. 7

L'autre argument constitutionnel qui s'offre à l'appelante en l'espèce est fondé sur la protection qu'assure l'art. 7 de la *Charte* contre les lois d'une portée excessive. Les principes régissant l'analyse de la portée excessive au regard de l'art. 7 ont été énoncés par le juge Cory (au nom de la majorité) dans *Heywood*, précité, aux pp. 792 et 793:

L'analyse de la portée excessive porte sur les moyens choisis par l'État par rapport à l'objet qu'il vise. Lorsqu'il examine si une disposition législative a une portée excessive, le tribunal doit se poser la question suivante: ces moyens sont-ils nécessaires pour atteindre l'objectif

legitimate objective, uses means which are broader than is necessary to accomplish that objective, the principles of fundamental justice will be violated because the individual's rights will have been limited for no reason. The effect of overbreadth is that in some applications the law is arbitrary or disproportionate.

He continued by observing that “[r]eviewing legislation for overbreadth as a principle of fundamental justice is simply an example of balancing of the State interest against that of the individual”. Furthermore, he stated at p. 793:

In analyzing a statutory provision to determine if it is overbroad, a measure of deference must be paid to the means selected by the legislature. While the courts have a constitutional duty to ensure that legislation conforms with the *Charter*, legislatures must have the power to make policy choices. A court should not interfere with legislation merely because a judge might have chosen a different means of accomplishing the objective if he or she had been the legislator.

Before the state's means can be compared to its objectives, it is necessary to determine what exactly those means are — that is, the statutory provision that is at issue must be interpreted, in order that its true scope be identified. The key to the interpretation of s. 13(1)(a) of the Ontario EPA is the expression “impairment of the quality of the natural environment for any use that can be made of it”, a phrase which both defines the scope of s. 13(1)(a) and specifies what is and what is not a “contaminant”, as defined in s. 1(1)(c) of the Act. As Gonthier J.'s reasons indicate, interpreting this expression requires that meaning be ascribed to two distinct phrases: the phrases “impairment of the quality” and “for any use that can be made [of the natural environment]”.

The starting point of the interpretive process is the plain meaning of the statute's terms. As I noted in *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at p. 697, “[w]here the language of the statute is plain and admits of only one meaning, the task of interpretation does not arise”. Of course, isolated words in a statute will, bereft of their context, tend to support

de l'État? Si, dans un but légitime, l'État utilise des moyens excessifs pour atteindre cet objectif, il y aura violation des principes de justice fondamentale parce que les droits de la personne auront été restreints sans motif. Lorsqu'une loi a une portée excessive, il s'ensuit qu'elle est arbitraire ou disproportionnée dans certaines de ses applications.

Le juge Cory poursuit en observant que «[l]'examen d'une loi pour déterminer si elle a une portée excessive, en tant que principe de justice fondamentale, est simplement un exemple de l'évaluation des intérêts de l'État par rapport à ceux du particulier.» Puis il ajoute, à la p. 793:

Lorsqu'on analyse une disposition législative pour déterminer si elle a une portée excessive, il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard des moyens choisis par le législateur. Bien que les tribunaux aient l'obligation constitutionnelle de veiller à ce qu'une loi soit compatible avec la *Charte*, le législateur doit avoir le pouvoir de faire des choix de principe. Un tribunal ne devrait pas intervenir simplement parce que le juge aurait peut-être choisi des moyens différents d'atteindre l'objectif s'il avait été législateur.

Avant de pouvoir comparer les moyens aux objectifs de l'État, il est nécessaire de déterminer quels sont exactement ces moyens — c'est-à-dire qu'il faut interpréter la disposition législative attaquée, afin d'en préciser la véritable portée. La clé de l'interprétation de l'al. 13(1)a) LPE est l'expression [TRADUCTION] «dégradation de la qualité de l'environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait», qui tout à la fois définit la portée de l'al. 13(1)a) et précise ce qui est et ce qui n'est pas un «contaminant» au sens de l'al. 1(1)c) de la Loi. Comme l'indiquent les motifs du juge Gonthier, l'interprétation de cette expression nécessite l'attribution d'un sens à deux propositions distinctes: «dégradation de la qualité» et «relativement à tout usage qui peut en être fait [de l'environnement naturel]».

Le point de départ du processus d'interprétation est le sens ordinaire des termes de la loi. Comme je l'ai mentionné dans *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, à la p. 697, «[s]i le libellé de la loi est clair et n'appelle qu'un seul sens, il n'y a pas lieu de procéder à un exercice d'interprétation». Bien sûr, des mots isolés d'une disposition législative,

10

11

more than one meaning. As Driedger notes (*Construction of Statutes* (2nd ed. 1983)) at p. 39:

Words, and particularly general words, when taken by themselves, can almost always be said to have two meanings (and in a law suit it is so urged), a broad one and a restricted one, and the task is to determine what the meaning is in the particular context. If the context determines the meaning, then the words are clear and unambiguous and effect must be given to them whatever the consequences.

Similarly, as Côté observes (*The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991)) at p. 242:

It should not be forgotten that research in semantics has shown that words only take on their real meaning when placed in context. The meaning of words and sentences is crystallized by the context, and in particular by the purpose of the message.

Thus, the first task of a court construing a statutory provision is to consider the meaning of its words in the context of the statute as a whole. If the meaning of the words when they are considered in this context is clear, there is no need for further interpretation. The basis for this general rule is that when such a plain meaning can be identified this meaning can ordinarily be said to reflect the legislature's intention. As Driedger observes at p. 106, "[t]he 'intention of Parliament' can only be an agreement by the majority that the words in the bill express what is to be known as the intention of Parliament." Côté makes a similar point, noting at p. 248 that "[i]t is only reasonable to assume that apparent intention leads to the true intention: lacking extra-sensory perception, we have no other choice". Thus, the best way for the courts to complete the task of giving effect to legislative intention is usually to assume that the legislature means what is said, when this can be clearly ascertained.

privés de leur contexte, peuvent donner lieu à plus d'un sens. Comme le dit Driedger (*Construction of Statutes* (2^e éd. 1983)), à la p. 39:

[TRADUCTION] On peut presque toujours dire que les mots, et en particulier les mots généraux, lorsqu'ils sont pris individuellement, ont deux sens (et c'est ce que l'on fait valoir dans les poursuites judiciaires), un sens large et un sens strict, et il s'agit de déterminer quel sens s'impose dans le contexte particulier. Si le contexte détermine le sens à donner, alors les mots sont clairs et non ambigus, et il faut leur donner effet peu importe les conséquences.

De même, Côté écrit (*Interprétation des lois* (2^e éd. 1990)), à la p. 270:

Rappelons simplement que les études dans le domaine de la sémantique démontrent que les mots du langage n'acquièrent leur sens véritable que lorsqu'ils sont insérés dans un contexte. C'est le contexte (ce qui comprend particulièrement l'objectif de la communication) qui précise le sens des mots et des phrases.

Ainsi, la première tâche du tribunal appelé à interpréter une disposition législative consiste à examiner le sens de ses mots dans le contexte global de la loi. Si le sens des mots examinés dans ce contexte est clair, il n'est pas nécessaire de poursuivre l'interprétation. Le fondement de cette règle générale est que lorsqu'il est ainsi possible d'identifier un sens clair, on peut généralement présumer que ce sens reflète l'intention du législateur. Comme le note Driedger à la p. 106, [TRADUCTION] «[l]'«intention du législateur» ne peut être qu'une reconnaissance par la majorité que les mots employés dans le projet de loi expriment ce qui doit être reconnu comme l'intention du législateur». Côté fait une remarque semblable lorsqu'il souligne (à la p. 277) qu'«[i]l faut en effet faire l'hypothèse que l'intention apparente mène à l'intention véritable: à défaut de perception extra-sensorielle, il n'y a pas d'autre possibilité». Ainsi, la meilleure façon pour les tribunaux de mener à terme la tâche de donner effet à l'intention du législateur consiste habituellement à présumer que le législateur entend dire ce qu'il dit, lorsque cela peut être clairement établi.

12 The presumption that a statute's literal meaning, as construed in the context of the statute as a

La présomption que le sens littéral d'une loi interprétée dans son contexte global reflète le

whole, best reflects legislative intention is valid in ordinary circumstances. However, the presumption is not irrebuttable. In cases where special circumstances exist, these circumstances can lead a court to conclude that a statutory provision's apparent literal meaning does not, in fact, provide an accurate reflection of the legislature's intentions, and that an alternative understanding of the words in the statute would be more appropriate, provided that the words of the statute reasonably bear such an alternative interpretation. One situation where such special circumstances can occur is in cases where a statutory provision would be unconstitutional if it were to be interpreted literally. In such cases, the presumption that the legislature intended that effect to be given to the plain meaning of its enactments can be countered by the competing presumption that the legislature ordinarily does not intend to violate the constitution. If the words in the statutory provision at issue reasonably bear an interpretation other than a literal reading, this second presumption will justify rejecting the literal interpretation in favour of the non-literal reading, when the former (but not the latter) interpretation would render the legislation unconstitutional. As I stated in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078, (writing for the Court on this point):

Although this Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the *Charter*, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect.

In *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, I applied this approach to statutory construction in the course of interpreting s. 7 of the *Government Airport Concession Operations Regulations*, SOR/79-373, which stated that "no person shall . . . advertise or solicit at an airport on his own behalf or on behalf of any person" without prior ministerial approval. I held (*Sopinka and La Forest JJ.* concurring on this point) that, as a matter of construction, this section did not apply to political speech. I based this conclusion in part "on the interpretative presumption

mieux l'intention du législateur est valide dans les circonstances ordinaires. Cette présomption n'est toutefois pas irréfutable. Lorsqu'il existe des circonstances spéciales, celles-ci peuvent amener le tribunal à conclure que, dans les faits, le sens littéral apparent d'une disposition législative ne reflète pas exactement les intentions du législateur, et qu'une autre signification des mots employés dans la loi serait plus appropriée, pourvu que ces mots puissent raisonnablement recevoir cette autre interprétation. Il peut y avoir de telles circonstances spéciales notamment dans les cas où une disposition législative serait inconstitutionnelle si elle était interprétée littéralement. En pareil cas, la présomption selon laquelle le législateur voulait que l'on donne effet au sens ordinaire de ses dispositions législatives peut être réfutée par l'autre présomption selon laquelle le législateur ne souhaite habituellement pas violer la constitution. Si les mots figurant dans la disposition législative en cause peuvent raisonnablement recevoir une interprétation différente du sens littéral, cette seconde présomption permet de rejeter l'interprétation littérale en faveur de celle qui ne l'est pas, lorsque la première (mais non la dernière) aurait pour effet de rendre la loi inconstitutionnelle. Comme je l'ai écrit dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078 (dans les motifs que j'ai rédigés pour la Cour sur ce point):

Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d'une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante.

Dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, j'ai appliqué cette méthode d'interprétation des lois à l'examen de l'art. 7 du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, DORS/79-373, qui portait que «nul ne peut [. . .] faire, à un aéroport, de la publicité ou de la sollicitation pour son propre compte ou pour celui d'autrui» à moins d'avoir obtenu au préalable une autorisation écrite du ministre. J'ai conclu (avec l'appui des juges *Sopinka* et *La Forest* sur ce point) que, sur le plan de l'interprétation, cette dis-

that legislation is constitutional” (p. 163). Although a majority of the Court adopted a different interpretation of s. 7 of the Regulations, I do not understand the majority as rejecting the existence of the presumption of constitutionality, but rather as differing as to its application on the particular facts of the case. Indeed, McLachlin J. expressly referred to the presumption (at p. 244), but took the position that it did not apply in that case, since even if s. 7 of the Regulations were held to apply (which would violate s. 2(b) of the *Charter*) the section might still be upheld under s. 1 and thus be constitutional.

14 Similarly, in *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, I took the position that the term “unlawful act” in s. 222(5)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, should be interpreted to include a requirement that there be objective foreseeability of death. After concluding that s. 7 of the *Charter* required no less, I stated at p. 23 that “it remains to consider whether s. 222(5)(a) is open to an interpretation that would render it constitutional in this regard”. I held that it was, stating at pp. 24-25 that:

... in light of the constitutional imperative, the wording of the section, and the reasoning employed by this Court in [*R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944] and the Ontario Court of Appeal in *R. v. L. (S.R.)* [(1992), 11 O.R. (3d) 271], I have no hesitation in concluding that the section is open to an interpretation that would render it constitutional.

Although I was writing in dissent on this issue, the source of my disagreement with the majority was over the issue of whether or not s. 7 required objective foreseeability of death rather than on the application of the presumption of constitutionality if it did. While the majority (*per* McLachlin J.) interpreted the section differently, no suggestion was made that my interpretive approach was incorrect in light of my premise that the alternative interpretation was unconstitutional — rather, the majority did not accept this premise. Indeed, the

position ne s’appliquait pas à un discours politique. J’ai fondé cette conclusion en partie «sur la présomption de constitutionnalité des lois» (p. 163). Même si une majorité des juges de notre Cour a adopté une interprétation différente de l’art. 7 du Règlement, je ne crois pas que la majorité ait rejeté l’existence de la présomption de constitutionnalité, mais plutôt qu’elle avait une opinion différente quant à son application aux faits particuliers de l’espèce. En fait, le juge McLachlin a expressément mentionné la présomption (à la p. 244), mais elle était d’avis qu’elle ne s’appliquait pas au cas en question, puisque même si l’art. 7 du Règlement devait être déclaré applicable (ce qui violerait l’al. 2b) de la *Charte*), cette disposition pourrait être maintenue en vertu de l’article premier et, partant, être constitutionnelle.

De même, dans l’arrêt *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, j’étais d’avis que l’expression «acte illégal» figurant à l’al. 222(5)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, devrait être interprétée comme incluant l’obligation d’une prévisibilité objective de la mort. Après avoir conclu que l’art. 7 de la *Charte* n’exigeait rien de moins que cela, j’ai dit, à la p. 23, qu’«il reste à examiner si l’al. 222(5)a) admet une interprétation qui lui conférerait un caractère de constitutionnalité à cet égard». J’ai conclu qu’il en était ainsi, lorsque j’ai écrit, aux pp. 24 et 25:

Compte tenu [...] de l’impératif constitutionnel, du libellé de l’alinéa et du raisonnement de notre Cour dans l’arrêt [*R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944] et de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *R. c. L. (S.R.)* [(1992), 11 O.R. (3d) 271], je conclus sans hésitation que l’alinéa en question peut être interprété d’une façon que le rendrait constitutionnel.

Même si j’ai rédigé des motifs de dissidence sur ce point, mon désaccord avec la majorité portait sur la question de savoir si l’art. 7 exigeait la prévisibilité objective de la mort, plutôt que sur l’application de la présomption de constitutionnalité le cas échéant. Bien que la majorité (motifs rédigés par le juge McLachlin) ait interprété cette disposition différemment, elle n’a d’aucune manière laissé entendre que ma façon d’interpréter n’était pas fondée compte tenu de ma prémisse selon laquelle l’autre interprétation était inconstitutionnelle — en fait, la

majority interpreted “unlawful act” as requiring objective foreseeability of bodily harm, as had the Court in *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, when interpreting these as used in s. 269 of the *Code* — an interpretation that itself clearly departs from the “plain meaning” of the word “unlawful act”, standing alone. In *DeSousa*, it should be noted, the Court rejected the literal meaning of this phrase (which had been suggested in *Smithers v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506), in part on the grounds that “*Smithers* was not argued under the *Charter*” (p. 960, *per* Sopinka J.).

In my view, therefore, the presumption of constitutionality can sometimes serve to rebut the presumption that the legislature intended that effect be given to the “plain meaning” of its enactments. It is important to note, however, that the process of invoking the presumption of constitutionality so as to arrive at an interpretation different from that that would ordinarily result from applying the rules of statutory construction leads to essentially the same result as would be reached by adopting the ordinary interpretation, holding that the legislation is unconstitutional, and “reading it down” as a remedy under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. In light of this essential similarity between the two processes, it is clear that courts relying on the presumption of constitutionality to interpret legislation must take into account the principles I identified in *Schachter*, *supra*, in the context of “reading down” as a constitutional remedy. As I stated in that case (at p. 715), “respect for the role of the legislature and the purposes of the *Charter* are the twin guiding principles” when crafting a remedy under s. 52; in my view, they also provide guidance when interpreting legislation in light of the presumption of constitutionality. In this latter context, the former principle imposes a requirement that any alternative interpretation adopted in preference to the “plain meaning” must itself be one

majorité n’a pas accepté cette prémisse. En effet, elle a interprété l’expression «acte illégal» comme exigeant la prévisibilité objective de lésions corporelles, comme l’avait fait notre Cour dans l’arrêt *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, pour l’interprétation de ces mots qui figuraient à l’art. 269 du *Code* — interprétation qui, en soi, s’éloigne clairement du «sens ordinaire» de l’expression «acte illégal», considérée seule. Il me faut souligner que dans l’arrêt *DeSousa*, notre Cour a rejeté le sens littéral de cette expression (qui avait été suggéré dans l’arrêt *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506), en partie parce que «la *Charte* n’était pas en vigueur quand l’affaire *Smithers* a été débattue» (p. 960, le juge Sopinka).

À mon avis, la présomption de constitutionnalité peut donc parfois servir à réfuter la présomption selon laquelle le législateur voulait que l’on donne effet au «sens ordinaire» de ses lois. Il importe toutefois de noter que le processus par lequel on recourt à la présomption de constitutionnalité pour parvenir à une interprétation différente de celle qui aurait normalement découlé de l’application des règles d’interprétation des lois conduit essentiellement au même résultat que celui qui découlerait de l’adoption de l’interprétation ordinaire, par laquelle on conclut que la disposition législative est inconstitutionnelle, avant de la soumettre à une «interprétation atténuée» en guise de réparation sous le régime de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Eu égard à la similitude essentielle entre les deux processus, il est clair que les tribunaux qui se fondent sur la présomption de constitutionnalité pour interpréter une loi doivent tenir compte des principes que j’ai énoncés dans l’arrêt *Schachter*, précité, dans le contexte de l’«interprétation atténuée» en tant que réparation constitutionnelle. Comme je l’ai dit dans cet arrêt (à la p. 715), «le respect du rôle du législateur et des objets de la *Charte* [sont] les deux principes directeurs» lorsqu’il s’agit de concevoir une réparation sous le régime de l’art. 52; à mon avis, ils servent également de guide à l’interprétation des lois eu égard à la présomption de constitutionnalité. Dans ce dernier contexte, le premier principe pose l’exigence que toute autre interprétation que le «sens ordinaire» soit elle-même raisonnablement appuyée

that is reasonably supported by the terms of the legislation. As I observed in *Schachter* at pp. 708-9:

Where the choice of means is unequivocal, to further the objective of the legislative scheme through different means would constitute an unwarranted intrusion into the legislative domain.

Thus, merely invoking the presumption of constitutionality does not give a court complete freedom to depart from the terms of a statute employed by the legislature. Rather, the presumption is simply a factor that on some occasions tips the scales in favour of one interpretation over another construction that, in the absence of this consideration, would appear to be the most strongly supported by the rules of statutory construction. If the terms of the legislation are so unequivocal that no real alternative interpretation exists, respect for legislative intent requires that the court adopt this meaning, even if this means that the legislation will be struck down as unconstitutional.

A. “*For Any Use That Can Be Made of It*”

16 In order to apply this approach in the present case, it is first necessary to determine whether the terms of s. 13(1)(a) have a “plain meaning” when viewed in the context of the statute as a whole. I begin by considering the expression “for any use that can be made of [the natural environment]”. Although the word “use” is somewhat ambiguous when considered on its own, the expression “for any use that can be made of [the natural environment]” has, in my view, an identifiable literal or “plain” meaning when viewed in the context of the EPA as a whole, particularly the other subsections of s. 13(1). Section 13(1) contains eight subsections ((a) through (h)). If each of these subsections is seen as having been intended by the legislature to address a distinct problem (which, in my view, is the most natural construction when the presumption of constitutionality is left out of the picture), differences in the manner in which the term “use” is employed in the different subsections become significant. In s. 13(1)(a), for instance, the word “use” is qualified by the addition of the word any,

par les termes de la loi. Comme je l’ai fait remarquer dans l’arrêt *Schachter*, à la p. 709:

Lorsque le choix du moyen est évident, favoriser l’atteinte de l’objectif du régime législatif par d’autres moyens constituerait un empiétement injustifié sur le domaine législatif.

Par conséquent, le simple fait de recourir à la présomption de constitutionnalité ne donne pas au tribunal l’entière liberté de s’éloigner des termes employés par le législateur dans la loi. La présomption est plutôt tout simplement un facteur qui, à l’occasion, fait pencher la balance en faveur d’une interprétation autre que celle qui, sans cette considération, semblerait être la plus conforme aux règles d’interprétation des lois. Si les termes de la loi sont à ce point non équivoques qu’il n’existe aucune autre interprétation possible, c’est ce sens que le tribunal doit adopter par respect pour l’intention du législateur, même si cela signifie que la loi sera annulée parce qu’elle est inconstitutionnelle.

A. «*Relativement à tout usage qui peut en être fait*»

Pour appliquer cette démarche à la présente espèce, il faut d’abord déterminer si les mots de l’al. 13(1)a) ont un «sens ordinaire» lorsqu’on les examine dans le contexte global de la loi. Je commence par l’expression «relativement à tout usage qui peut en être fait [de l’environnement naturel]». Même si le mot «usage» est quelque peu ambigu lorsqu’il est examiné seul, l’expression «relativement à tout usage qui peut en être fait [de l’environnement naturel]» a, à mon avis, un sens littéral ou «ordinaire» identifiable lorsqu’il est considéré dans le contexte global de la LPE, particulièrement dans celui des autres alinéas du par. 13(1). Ce paragraphe comporte huit alinéas (de a) à h)). Si l’on considère qu’en adoptant chacun de ces alinéas le législateur avait l’intention de s’attaquer à un problème distinct (ce qui, à mon avis, est l’interprétation la plus naturelle lorsque la présomption de constitutionnalité n’entre pas en ligne de compte), les différences dans la façon dont le mot «usage» est employé dans les divers alinéas deviennent significatives. À l’alinéa 13(1)a) par

which suggests that “use” is to be interpreted broadly. This stands in marked contrast to s. 13(1)(g), where the meaning of the word “use” is restricted by the further qualifier that it be “normal”. The fact that s. 13(1)(f) employs the term “for use by man” (emphasis added) is also significant, since the absence of such qualification in s. 13(1)(a) suggests an intention on the part of the drafters that the section apply to “uses” of the environment by non-humans as well as by humans. Finally, the use of the phrase “can be made of it” (emphasis added) suggests that the subsection is not restricted to actual existing uses, but applies instead to any conceivable use. When these factors are taken into account, it can, I believe, be concluded that the literal meaning of the expression “for any use that can be made of [the natural environment]” is “any use that can conceivably be made of the natural environment by any person or other living creature”.

In ordinary circumstances, once the “plain meaning” of the words in a statute have been identified, there is no need for further interpretation. In particular, as I indicated in *McIntosh*, *supra*, at p. 704, even when the literal interpretation of a statute results in absurd or undesirable consequences, this “is not . . . sufficient to declare it ambiguous and then embark upon a broad-ranging interpretive analysis”. As I have explained, however, different considerations can apply in cases where interpreting a statute in a literal manner would not merely lead to undesirable results, but would also render the statute unconstitutional. This, I believe, is one of those exceptional cases — in my view, if interpreted literally, s. 13(1)(a) would fail to meet the test for overbreadth established by this Court in *Heywood*, *supra*.

As Cory J.’s reasons in *Heywood*, *supra*, establish, in order to conduct overbreadth analysis under s. 7 it is first necessary to identify the state

exemple, le mot «usage» est qualifié par l’ajout du mot tout, ce qui donne à entendre que le mot «usage» doit recevoir une interprétation large. Cela tranche vivement avec l’al. 13(1)(g), où le sens du mot «usage» est restreint par le qualificatif [TRADUCTION] «normal». Le fait que l’al. 13(1)(f) emploie l’expression [TRADUCTION] «à l’usage des êtres humains» (je souligne) est lui aussi significatif puisque l’absence d’un tel qualificatif à l’al. 13(1)(a) suppose de la part des rédacteurs l’intention que l’article s’applique aux «usages» de l’environnement autant par des non-humains que par des êtres humains. Enfin, l’emploi de la proposition «qui peut en être fait» (je souligne) suppose que la disposition n’est pas restreinte aux seuls usages actuels, mais qu’elle s’applique plutôt à tout usage concevable. Lorsque ces facteurs sont pris en considération, il me semble possible de conclure que le sens littéral de l’expression «relativement à tout usage qui peut en être fait [de l’environnement naturel]» est «tout usage concevable qui peut être fait de l’environnement naturel par toute personne ou autre créature vivante».

Dans des circonstances normales, dès que le «sens ordinaire» des mots employés dans une loi a été circonscrit, point n’est besoin de pousser plus loin l’exercice d’interprétation. En particulier, comme je l’ai indiqué dans *McIntosh*, précité, à la p. 704, même lorsque l’interprétation littérale d’une loi aboutit à des résultats absurdes ou indésirables, cela «n’est pas [. . .] suffisant pour affirmer qu’elle est ambiguë et procéder ensuite à une analyse d’interprétation globale». Toutefois, comme je l’ai expliqué, diverses considérations peuvent s’appliquer dans des affaires où l’interprétation littérale d’une loi non seulement entraînerait des résultats indésirables, mais aussi rendrait la loi inconstitutionnelle. Selon moi, la présente espèce appartient à ces affaires exceptionnelles — à mon avis, s’il devait recevoir une interprétation littérale, l’al. 13(1)(a) ne satisferait pas au critère relatif à la portée excessive établi par notre Cour dans *Heywood*, précité.

Ainsi que l’énonce le juge Cory dans ses motifs de l’arrêt *Heywood*, précité, pour procéder à l’analyse de la portée excessive au regard de l’art. 7, il

17

18

objective underlying the law, which is then to be compared with the means the legislature has chosen to achieve it. In the case of s. 13(1)(a) EPA, the state objective is, as s. 2 of the Act declares, “the protection and conservation of the natural environment.” Among other things, the objectives of the Act thus seem to encompass the preservation of the natural environment for some range of use by humans and animals. I agree with my colleague Gonthier J.’s observations that environmental protection is a very broad subject matter. I do not believe, however, that the scope of the Ontario legislature’s intentions underlying the enactment of s. 13(1)(a) is unlimited. In particular, I do not believe that the legislature intended to prohibit absolutely all human activity that has the effect of reducing to any degree the suitability of a particular portion of the environment for any conceivable use. In my view, the legislative interest in safeguarding the environment for “uses” extends only so far as to require that it be preserved for those “uses” that are normal and typical of the place in question, or that are likely to become normal or typical in the future.

19

As I have explained, however, when interpreted literally, s. 13(1)(a) captures considerable activity outside this range, since on a literal reading, the expression “any use that can be made of [the natural environment]” includes all activities that could go on at a given locale, not merely those that normally or even sometimes take place there, or are likely to take place there in the future. Thus, for example, under a “plain meaning” interpretation of s. 13(1)(a) all Ontario residents who in winter-time place sand on the icy sidewalks in front of their houses to lessen the risk of passers-by injuring themselves by slipping and falling would seemingly be subject to prosecution and imprisonment: city sidewalks are clearly part of the “natural environment” as defined in s. 1(1)(k) EPA, and the spreading of sand can render them less suitable for use as cross-country ski trails (making sand a “contaminant”, and triggering the operation of s. 13(1)(a)). It would be no defence for the accused

faut d’abord cerner l’objectif qui sous-tend la loi, puis le comparer aux moyens choisis par le législateur pour l’atteindre. Dans le cas de l’al. 13(1)(a) LPE, l’objectif de l’État est, selon le libellé de l’art. 2, [TRADUCTION] «la protection et la conservation de l’environnement naturel». Entre autres choses, les objectifs de la LPE semblent donc englober la préservation de l’environnement naturel pour une certaine gamme d’usages par les êtres humains et les animaux. Je suis d’accord avec les observations de mon collègue le juge Gonthier sur le fait que la protection de l’environnement est une question très générale. Je ne crois toutefois pas que la portée des intentions du législateur ontarien sous-jacentes à l’adoption de l’al. 13(1)(a) soit illimitée. Tout particulièrement, je ne crois pas que le législateur ait eu l’intention de prohiber absolument toute activité humaine qui aurait pour effet de réduire à quelque degré que ce soit la convenance d’une portion particulière de l’environnement pour quelque usage concevable que ce soit. À mon avis, l’intérêt du législateur dans la protection de l’environnement pour certains «usages» ne s’étend qu’à concurrence de ce qui est nécessaire afin de le préserver pour les «usages» qui sont normaux et typiques pour l’endroit en question, ou qui sont susceptibles de le devenir un jour.

Toutefois, comme je l’ai expliqué, s’il reçoit une interprétation littérale, l’al. 13(1)(a) embrasse beaucoup d’activités qui débordent cette portée, puisque, au sens littéral, l’expression «tout usage qui peut en être fait [de l’environnement naturel]» comprend toutes les activités qui pourraient avoir lieu à un endroit donné, et non pas seulement celles qui s’y déroulent normalement, voire parfois, ou qui sont susceptibles de s’y dérouler à l’avenir. À titre d’exemple, selon une interprétation fondée sur le «sens ordinaire» de l’al. 13(1)(a), tous les citoyens ontariens qui, l’hiver venu, épandent du sable sur le trottoir glacé devant leur maison pour réduire le risque que des piétons tombent et se blessent seraient vraisemblablement passibles de poursuite et d’emprisonnement: les trottoirs municipaux font clairement partie de l’«environnement naturel» au sens de l’al. 1(1)(k) LPE, et l’épandage de sable peut les rendre moins appropriés à des usages comme le maintien d’une piste de ski de

to establish that no-one wanted to ski on the sidewalk, since as long as it was clear that it was physically possible to “use” sidewalks in this manner (so that this “use” was thus conceivable), it would fall within the scope of the section. While my colleague Gonthier J. is no doubt correct in his assertion, in para. 56, that “the average citizen in Ontario would have known that pollution was statutorily prohibited”, I believe it is also fair to say that the average person in Ontario would have been very surprised to learn that placing sand on sidewalks, and countless other similar activities, were prohibited and subject to criminal sanction even when they did not interfere with any actual current or probable future “use” of the environment. Although the fact that police and provincial prosecutors rarely, if ever, lay charges against persons whose activities interfere with purely hypothetical “uses” of the environment cannot, in my view, be invoked to sustain the legislation if it were found to be unconstitutionally overbroad (in my opinion, my reasoning in *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, applies equally to the present context), this fact does suggest that the legislature did not seriously intend that all such activity was to be prohibited and punished. In my view, the fact that s. 13(1)(a), when interpreted literally, captures a wide range of activities that fall outside the scope of the legislative purpose underlying the section indicates that the provision would, if given this interpretation, fail to meet s. 7 scrutiny. Imprisoning a person whose activities do not affect any actual or apprehended “use” of the environment and which do not have any other negative effect would, in my view, constitute a deprivation of liberty that is not in accordance with the principles of fundamental justice — imposing penal sanctions in such cases would indeed “[go] beyond what is needed to accomplish the governmental objective”: *Heywood*, *supra*, at p. 794.

The question that must be addressed in the present case is thus the following: given the presump-

tion (transformant le sable en un «contaminant» et déclenchant l’application de l’al. 13(1)a)). Il ne servirait à rien d’invoquer en défense que personne ne veut faire du ski sur le trottoir puisque, tant qu’il appert clairement qu’il est matériellement possible de faire un tel «usage» des trottoirs («usage» ainsi rendu concevable), cet «usage» est visé par la disposition. Si mon collègue le juge Gonthier a sans doute raison de dire, au par. 56, que «l’Ontarien moyen devait savoir que la pollution était interdite par la loi», je crois toutefois qu’on peut tout aussi bien dire que l’Ontarien moyen aurait été très surpris d’apprendre que l’épandage de sable sur les trottoirs et bon nombre d’autres activités semblables sont prohibés et le rendent passible de sanctions pénales même si ces activités ne nuisent à aucun «usage» actuel ou éventuel de l’environnement. Même si, pour justifier la loi qui serait jugée inconstitutionnelle en raison de sa portée excessive, on ne peut, selon moi, invoquer le fait que la police et les poursuivants provinciaux engagent rarement, voire jamais, de poursuites pénales contre les personnes dont les activités nuisent à des «usages» purement hypothétiques de l’environnement (et j’estime que le raisonnement que j’ai suivi dans l’arrêt *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, est également applicable au présent contexte), ce fait laisse néanmoins entendre que le législateur ne prévoyait pas sérieusement interdire et sanctionner toutes les activités de cette nature. À mon avis, le fait que l’al. 13(1)a), lorsqu’il est interprété littéralement, englobe une vaste gamme d’activités qui débordent la portée de son objectif législatif sous-jacent indique que cette disposition, lorsqu’elle est ainsi interprétée, ne satisfait pas à l’examen au regard de l’art. 7. Emprisonner une personne dont les activités ne nuisent à aucun «usage» réel ou éventuel de l’environnement et n’ont aucun autre effet négatif constituerait, selon moi, une privation de liberté qui ne respecterait pas les principes de justice fondamentale — imposer des sanctions pénales en pareil cas serait effectivement «all[er] au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l’objectif gouvernemental»: *Heywood*, précité, à la p. 794.

La question à examiner en l’espèce se présente donc comme suit: étant donnée la présomption que

tion that the legislature intended to legislate in accordance with the constitution, is s. 13(1)(a) open to an alternative construction that would render it constitutional? In my view, such an alternative interpretation does indeed exist. As I noted earlier, the most natural manner of viewing s. 13 is to view all of the various subsections as directed at different (albeit overlapping) evils. However, it is also possible to interpret s. 13(1)(a) as expressing the general intention of the section as a whole, and to treat paras. 13(1)(b) through (h) as setting out specific examples of “impairment[s] . . . of the natural environment for any use that can be made of it”. That is, s. 13(1)(a) can be read as if it were part of the main body of the section, with words to the effect of “and, without limiting the generality of the foregoing, that” interposed between it and the other subsections. When viewed in this way, the fact that the word “use” in paras. (b) through (h) is qualified and narrowed in several respects has a very different effect than it does if para. (a) is seen as standing independently (as was discussed above) — now, the restrictions on the term in the other subsections can be seen as being imported into para. (a) (through a variant of the *ejusdem generis* principle), rather than as suggesting that the term as used in para. (a) is to be interpreted more broadly than in the other subsections.

21 In my view, s. 13(1) is open to construction in this manner. Furthermore, when provisions in paras. 13(1)(b) through (h) are taken as specifying the sense to be ascribed to the term “use” in para. (a), I am of the view that the section is no longer unconstitutionally overbroad, since the types of harms captured by paras. (b) through (h) fall squarely within the legislative intent underlying the section and the Act as a whole. In light of the presumption that the legislature intended to act in accordance with the constitution, I believe it is appropriate to interpret s. 13(1)(a) in this manner, as providing the best reflection of the intentions of Ontario’s legislature. That is, the term “for any use that can be made of [the natural environment]” in s. 13(1)(a) should be understood as covering situa-

le législateur entendait légiférer dans le respect de la constitution, l’al. 13(1)a peut-il recevoir une autre interprétation qui le rendrait constitutionnel? À mon avis, il existe effectivement une autre interprétation. Comme je l’ai déjà noté, la façon la plus naturelle de considérer l’art. 13 consiste à voir chacun des divers alinéas comme visant des maux différents (qui peuvent toutefois se chevaucher). Cependant, il est aussi possible d’interpréter l’al. 13(1)a comme l’expression de l’objet général du paragraphe dans son ensemble, et de voir en chacun des al. 13(1)b) à h) l’énonciation d’exemples spécifiques de «dégradation [. . .] de l’environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être faire». En d’autres termes, l’al. 13(1)a peut être considéré comme s’il faisait partie du corps principal de l’article et qu’il était suivi d’expressions comme «notamment» ou «sans que soit limité la généralité de ce qui précède», puis des autres alinéas. Vu de cette façon, le fait que le mot «usage» dans les al. b) à h) est qualifié et restreint à plusieurs égards entraîne un effet très différent de celui qu’il aurait si l’al. a) était considéré comme un élément indépendant (comme nous l’avons déjà vu) — dès lors, les restrictions apportées à ce mot dans les autres alinéas peuvent être perçues comme incluses dans l’al. a) (par une variante de la règle *ejusdem generis*), plutôt que comme des indications que le mot employé à l’al. a) doit être interprété de manière plus générale que dans les autres alinéas.

À mon avis, le par. 13(1) se prête à une telle interprétation. En outre, lorsque les dispositions des al. 13(1)b) à h) sont prises comme précisant le sens à donner au mot «usage» employé à l’al. a), j’estime que la disposition cesse d’être inconstitutionnelle en raison d’une portée excessive, puisque les types de maux englobés par les al. b) à h) sont clairement visés par l’intention législative sous-jacente à la disposition particulière et à la Loi dans son ensemble. Compte tenu de la présomption selon laquelle le législateur a voulu agir dans le respect de la constitution, je crois qu’il y a lieu d’interpréter l’al. 13(1)a de cette façon, parce que cela reflète le mieux les intentions du législateur ontarien. En d’autres termes, l’expression «relativement à tout usage qui peut en être fait [de l’envi-

tions captured by s. 13(1)(b) through (h) and analogous situations, if any indeed exist. For the purposes of the present case, I believe it suffices to resolve the interpretive problem only to this level of detail, since it is clear that any interpretation based on the framework of construction I have outlined above will not be unconstitutionally overbroad. That is, it is unnecessary in the present case to determine whether there exist any situations analogous to those in paras. 13(1)(b) through (h) that would not be captured by those subsections but would be covered by (a), since it is clear that in the case at bar the appellant's conduct contravened, at minimum, s. 13(1)(b), (c), (d) and (g). This is sufficient to bring the appellant squarely within the ambit of para. (a), under any interpretation where the content of para. (a) is informed by the terms of s. 13(1)'s other paragraphs.

B. "Impairment"

What remains to be considered is the interpretation to be given to the word "impairment" as it appears in s. 13(1)(a). As Gonthier J. points out, the meaning of the related term "impaired" has been the subject of considerable debate in the context of the "impaired driving" provision of the *Criminal Code* (s. 253(a)), where courts have reached differing conclusions over whether or not the term covers even a slight departure from the norm, or whether instead some more marked departure from the norm is required. It is clear from this debate that the term "impaired" equally supports either of these two senses standing alone, and that the task of interpretation thus arises. I find it unnecessary, however, to invoke the presumption of constitutionality here, since I am of the view that an interpretation can be generated by the ordinary rules of construction that is not overbroad.

When interpreting a term that on its face bears two equally plausible meanings, it is appropriate to consider the consequences that would result from applying either interpretation to the statutory provision at issue, and to ask whether these consequences can plausibly be seen as intended by the

ronnement nature!]] qui figure à l'al. 13(1)a) devrait être comprise comme incluant les situations visées par les al. 13(1)b) à h) et les situations analogues, s'il en existe. Pour les fins du présent pourvoi, je crois qu'il suffit de résoudre le problème d'interprétation jusqu'à ce niveau de détail seulement, puisqu'il appert clairement que toute disposition interprétée selon la grille d'interprétation susmentionnée ne sera pas inconstitutionnelle pour cause de portée excessive. Autrement dit, il n'est pas nécessaire en l'espèce de déterminer s'il existe des situations analogues à celles visées par les al. 13(1)b) à h) qui ne seraient pas englobées par ces alinéas mais qui seraient visées par l'al. a), puisqu'il est clair que, en l'espèce, la conduite de l'appelante a contrevenu à tout le moins aux al. 13(1)b), c), d) et g). Cela suffit pour que l'appelante soit directement visée par l'al. a), selon toute interprétation où le contenu de l'al. a) est qualifié par les termes des autres alinéas du par. 13(1).

B. «Dégradation»

Il reste à interpréter le mot «dégradation» (en anglais «*impairment*»), qui figure à l'al. 13(1)a). Comme le souligne le juge Gonthier, le sens du terme connexe «*impaired*» («*affaibli*») a fait l'objet d'un débat considérable dans le contexte de la disposition du *Code criminel* portant sur la «conduite d'un véhicule avec capacité affaiblie» (al. 253a)), où les tribunaux sont parvenus à des conclusions divergentes sur la question de savoir si ce mot vise même un faible écart par rapport à la norme ou s'il faut un écart plus marqué. Il ressort clairement de ce débat que le mot «*impaired*» peut tout aussi bien recevoir l'un ou l'autre de ces deux sens et qu'il nécessite donc un exercice d'interprétation. J'estime toutefois qu'il n'est pas nécessaire d'invoquer ici la présomption de constitutionnalité puisque je suis d'avis que les règles d'interprétation ordinaires permettent d'interpréter la disposition comme n'étant pas de portée excessive.

Lorsqu'il faut interpréter un terme qui, à première vue, peut permettre deux sens également plausibles, il y a lieu d'examiner les conséquences qui pourraient découler de l'une ou l'autre interprétation de la disposition législative en cause et de se demander si ces conséquences peuvent d'une

22

23

legislature (see my reasons in *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973.) In the context of s. 13(1)(a), interpreting the term “impairment” as including all slight departures from the norm would mean that virtually everyone in Ontario would regularly be in contravention of the section, and thus liable to fines and imprisonment. Although the Ontario legislature is undoubtedly concerned about the significant impairments of environmental quality that can result from the aggregate of a large number of sources of pollution, each having an insignificant effect standing alone, I do not believe that the legislature considered the threat of imprisonment an appropriate means of addressing problems of this nature. For example, it is well established that emissions from automobiles are a major contributor to smog in urban areas, which is clearly an environmental problem of the sort the legislature was concerned with. While no one automobile can be said to “impair” environmental quality significantly, the combination of many thousands of automobiles results in a significant source of discomfort and hazard to health. Yet, while the legislature no doubt has a legitimate interest in controlling such pollution, it clearly did not contemplate the imprisonment of all drivers in Ontario. Rather, I believe the legislature intended to reserve the threat of imprisonment as a deterrent aimed at persons whose activities contribute significantly to an identifiable environmental problem. It is self-evident, I believe, that when the term “impairment” is interpreted in this manner it does not render the impugned provision overbroad in relation to the legislative purpose.

III. Conclusion

24 Subject to the above remarks, I would dismiss the appeal in accordance with the reasons of Gonthier J.

manière plausible avoir été voulues par le législateur (voir mes motifs dans l'arrêt *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973). Dans le contexte de l'al. 13(1)a), le fait d'interpréter le mot «dégradation» comme incluant même les faibles écarts par rapport à la norme signifierait que pratiquement tous les Ontariens contreviendraient régulièrement à cette disposition et seraient donc passibles d'amendes et de peines d'emprisonnement. Même si le législateur ontarien se préoccupe sans aucun doute des dégradations importantes de la qualité de l'environnement qui peuvent découler de l'effet cumulatif de nombreuses sources de pollution qui, prises individuellement, n'ont qu'un effet négligeable, je ne crois pas que le législateur ait pensé que la menace d'emprisonnement soit un moyen approprié pour résoudre les problèmes de cette nature. Par exemple, il est bien établi que les émissions dégagées par les automobiles contribuent pour une large part à la formation du smog dans les zones urbaines, lequel est clairement un problème environnemental de la nature de ceux qui préoccupent le législateur. Même si l'on ne peut dire qu'une automobile en particulier «dégrade» de façon importante la qualité de l'environnement, la combinaison de plusieurs milliers d'automobiles a pour effet de constituer une source importante d'inconfort et de danger pour la santé. Pourtant, même si le législateur a sans aucun doute un intérêt légitime à assurer l'élimination d'une telle pollution, il n'a manifestement pas envisagé l'emprisonnement de tous les conducteurs en Ontario. Je crois plutôt que le législateur entend réserver la menace d'emprisonnement comme moyen de dissuasion pour les personnes dont les activités contribuent de façon importante à un problème d'environnement identifiable. Il va de soi, selon moi, que lorsque le mot «dégradation» est interprété de cette manière, il ne donne pas à la disposition attaquée une portée excessive eu égard à l'objectif législatif.

III. Conclusion

Sous réserve des remarques qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi conformément aux motifs du juge Gonthier.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

GONTHIER J. —

I. Issues

The issues in this appeal are encompassed in the three following constitutional questions:

1. Does s. 13(1)(a) of the *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1980, c. 141 (now s. 14(1) of the *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1990, c. E.19), constitutionally apply to the appellant when maintaining its right-of-way?
2. Is s. 13(1)(a) of the *Environmental Protection Act* so vague as to infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. If the answer to question 2 is in the affirmative, is s. 13(1)(a) nevertheless justified by s. 1 of the *Charter*?

The first question was answered in the affirmative in reasons delivered orally at the conclusion of the hearing of the appeal and the decision as to questions 2 and 3 was reserved. These reasons respond to the second and third questions. The issue as argued is more fully stated as whether s. 13(1)(a) of Ontario's *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1980, c. 141 (as amended) ("EPA") contravenes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because it is unconstitutionally vague and/or overbroad.

II. Factual Background

On April 6 and 11, 1988, Canadian Pacific Limited ("CP") conducted controlled burns of the dry grass and weeds on its railway right-of-way in the town of Kenora, Ontario. The purpose of the controlled burns was to clear the right-of-way of combustible material which posed a potential fire hazard. Both burns discharged a significant amount of thick, dark smoke, which adversely affected the health and property of nearby residents. One resident suffered an asthma attack in his driveway after being exposed to the smoke. The smoke filled

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I. Les points en litige

Le présent pourvoi porte sur les trois questions constitutionnelles suivantes:

1. L'alinéa 13(1)a) de la *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1980, ch. 141 (maintenant le par. 14(1) de la *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1990, ch. E.19), s'applique-t-il constitutionnellement à l'appelante lorsqu'elle procède à l'entretien de son emprise?
2. L'alinéa 13(1)a) de la *Loi sur la protection de l'environnement* est-il vague au point de contrevenir à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Si la réponse à la deuxième question est affirmative, l'al. 13(1)a) est-il néanmoins justifié par l'article premier de la *Charte*?

La première question a reçu une réponse affirmative dans les motifs rendus oralement à la fin de l'audition du pourvoi et les deuxième et troisième questions ont été prises en délibéré. Les présents motifs répondent à ces dernières. Il s'agit plus précisément de déterminer si l'al. 13(1)a) de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario, L.R.O. 1980, ch. 141 (modifiée) («LPE»), viole l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour cause d'imprécision inconstitutionnelle ou de portée excessive.

II. Les faits

Les 6 et 11 avril 1988, Canadien Pacifique Limitée («CP») a procédé à un brûlage contrôlé des herbes sèches et des broussailles sur son emprise ferroviaire dans la ville de Kenora (Ontario). Elle visait ainsi à libérer l'emprise des matières combustibles qui pouvaient constituer un risque d'incendie. Les deux opérations de brûlage ont rejeté une quantité importante de fumée épaisse et opaque, qui a entraîné des conséquences préjudiciables pour la santé et les biens des personnes résidant à proximité. L'une d'entre elles a

25

26

27

the home of another man, with the result that he had to clean the interior walls and furniture thoroughly. Another resident discovered that the shrubs, grass and trees in her backyard had been damaged by the fire and smoke.

28 The smoke from the April 11, 1988 controlled burn was not only injurious to the health and property of several Kenora residents, but also hampered visibility on a 200-foot stretch of an adjacent road. One driver was forced to engage his vehicle lights and brakes because the smoke was so heavy that he was unable to see the other side of the road.

29 Following complaints from residents of the town, CP was charged with unlawfully discharging or permitting the discharge of a contaminant, namely smoke, into the natural environment that was likely to cause an adverse effect, contrary to s. 13(1)(a) of the Ontario EPA.

30 On October 22, 1991, CP was acquitted by Daub J.P. of the Provincial Offences Court of Ontario, who concluded that, although the respondent had established the essential elements of the offence under s. 13(1)(a) EPA, the appellant's defence of due diligence raised a reasonable doubt. On June 22, 1992, the respondent's appeal to the Ontario Court of Justice, Provincial Division, was allowed, and CP's acquittal was overturned.

31 CP appealed to the Ontario Court of Appeal, raising two constitutional issues. First, CP advanced an interjurisdictional immunity claim, arguing that, because it is a federal undertaking, s. 13(1)(a) of the Ontario EPA is not constitutionally applicable to emissions from controlled burns on its railroad right-of-way. Second, CP alleged that s. 13(1)(a) was unconstitutionally vague, and therefore in violation of s. 7 of the *Charter*. On May 19, 1993, the Court of Appeal dismissed CP's appeal.

fait une crise d'asthme dans son entrée après avoir été exposée à la fumée. La fumée a envahi la résidence d'un autre voisin, qui a dû par la suite procéder à un nettoyage en profondeur des murs intérieurs et du mobilier. Une autre personne a constaté que les arbustes, le gazon et les arbres de sa cour arrière avaient été endommagés par le feu et la fumée.

Non seulement la fumée de l'opération de brûlage du 11 avril 1988 a entraîné des conséquences préjudiciables pour la santé et les biens de plusieurs citoyens de Kenora, mais elle a aussi réduit la visibilité sur un tronçon de deux cents pieds d'une route adjacente. Un conducteur a dû allumer les phares de son véhicule et mettre les freins parce que la fumée était tellement dense qu'elle l'empêchait de voir l'autre côté de la route.

À la suite de plaintes portées par des citoyens de cette ville, CP a été accusée d'avoir illégalement occasionné ou permis le rejet d'un contaminant, à savoir de la fumée, dans l'environnement naturel ce qui pouvait entraîner une conséquence préjudiciable, en violation de l'al. 13(1)a) LPE.

Le 22 octobre 1991, CP a été acquittée par le juge Daub de la Cour des infractions provinciales de l'Ontario, qui a conclu que, même si l'intimée avait établi les éléments essentiels de l'infraction visée à l'al. 13(1)a) LPE, le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable invoqué par l'appelante suscitait un doute raisonnable. Le 22 juin 1992, la Division provinciale de la Cour de justice de l'Ontario a accueilli l'appel interjeté par l'intimée et infirmé l'acquiescement de CP.

CP a interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel de l'Ontario en soulevant deux questions constitutionnelles. Elle a d'abord invoqué l'exclusivité des compétences en faisant valoir qu'à titre d'établissement fédéral, elle ne pouvait en vertu de la constitution être assujettie à l'application de l'al. 13(1)a) LPE à l'égard des rejets entraînés par le brûlage sur son emprise ferroviaire. Elle a aussi prétendu que l'al. 13(1)a) était d'une imprécision inconstitutionnelle et que, par conséquent, il violait l'art. 7 de la *Charte*. Le 19 mai 1993, la Cour d'appel a rejeté l'appel de CP.

CP then appealed both constitutional issues to this Court. In reasons delivered from the bench on January 24, 1995, this Court dismissed the interjurisdictional immunity claim, finding that the Privy Council decision in *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367, was determinative that s. 13(1)(a) was constitutionally applicable to CP in the circumstances of this case. Judgment on the s. 7 claim was reserved.

III. Relevant Statutory Provisions

Environmental Protection Act, R.S.O. 1980, c. 141, as amended S.O. 1983, c. 52: —

1. — (1) In this Act,

(c) “contaminant” means any solid, liquid, gas, odour, heat, sound, vibration, radiation or combination of any of them resulting directly or indirectly from the activities of man that may,

(i) impair the quality of the natural environment for any use that can be made of it,

(ii) cause injury or damage to property or to plant or animal life,

(iii) cause harm or material discomfort to any person,

(iv) adversely affect the health or impair the safety of any person,

(v) render any property or plant or animal life unfit for use by man;

(vi) cause loss of enjoyment of normal use of property, or

(vii) interfere with the normal conduct of business.

(k) “natural environment” means the air, land and water, or any combination or part thereof, of the Province of Ontario

13. — (1) Notwithstanding any other provision of this Act or the regulations, no person shall deposit, add, emit or discharge a contaminant or cause or permit the

CP a alors saisi notre Cour des deux questions constitutionnelles. Dans les motifs prononcés à l’audience le 24 janvier 1995, notre Cour a rejeté la demande fondée sur l’exclusivité des compétences en concluant que l’arrêt du Conseil privé *Canadian Pacific Railway Co. c. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367, établissait qu’est constitutionnelle l’application de l’al. 13(1)a) à CP dans les circonstances de l’espèce. Elle a pris en délibéré la question de la demande sous le régime de l’art. 7.

III. Les dispositions législatives pertinentes

La *Loi sur la protection de l’environnement*, L.R.O. 1980, ch. 141, modifiée par S.O. 1983, ch. 52: —

[TRADUCTION]

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

c) «contaminant» Solide, liquide, gaz, odeur, chaleur, son, vibration, radiation ou une combinaison de ces éléments qui proviennent, directement ou indirectement, des activités humaines et qui peuvent

(i) causer la dégradation de la qualité de l’environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait,

(ii) causer du tort ou des dommages à des biens, des végétaux ou des animaux,

(iii) causer de la nuisance ou des malaises sensibles à quiconque,

(iv) causer l’altération de la santé de quiconque ou l’atteinte à sa sécurité;

(v) rendre des biens, des végétaux ou des animaux impropres à l’usage des êtres humains;

(vi) causer la perte de jouissance de l’usage normal d’un bien,

(vii) entraver la marche normale des affaires.

k) «environnement naturel» Air, terrain et eau ou toute combinaison ou partie de ces éléments qui sont compris dans la province de l’Ontario

13. (1) Malgré toute autre disposition de la présente loi et des règlements, nul ne doit déposer, ajouter, émettre ou rejeter un contaminant, ou causer ou permettre le

deposit, addition, emission or discharge of a contaminant into the natural environment that,

- (a) causes or is likely to cause impairment of the quality of the natural environment for any use that can be made of it;
- (b) causes or is likely to cause injury or damage to property or to plant or animal life;
- (c) causes or is likely to cause harm or material discomfort to any person;
- (d) adversely affects or is likely to adversely affect the health of any person;
- (e) impairs or is likely to impair the safety of any person;
- (f) renders or is likely to render any property or plant or animal life unfit for use by man;
- (g) causes or is likely to cause loss of enjoyment of normal use of property; or
- (h) interferes or is likely to interfere with the normal conduct of business.

(2) Clause (1)(a) does not apply to animal wastes disposed of in accordance with normal farming practices.

IV. Decisions Below

(1) *Daub J.P.*

33 Daub J.P. agreed that s. 13(1)(a) EPA could apply to an almost limitless number of possible circumstances, but did not think that the provision was indefinite or uncertain. He observed that it would be impossible for the legislature to codify each circumstance in which the provision might apply, and that it would be the task of the courts to interpret and apply the provision in each case.

34 Moreover, Daub J.P. relied on the decision of the United States Supreme Court in *Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982), as adopted by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Morgentaler* (1985), 52 O.R. (2d) 353, for the proposition that a party may not allege vagueness where that party's conduct is clearly proscribed by the challenged legislative enactment. In Daub J.P.'s view, CP's conduct in Kenora on April 6 and 11, 1988 was prohibited by s. 13(1)(a)

dépôt, l'ajout, l'émission ou le rejet dans l'environnement naturel d'un contaminant qui

- a) cause ou risque de causer la dégradation de la qualité de l'environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait,
- b) cause ou risque de causer du tort ou des dommages à des biens, des végétaux ou des animaux,
- c) cause ou risque de causer de la nuisance ou des malaises sensibles à quiconque,
- d) cause ou risque de causer l'altération de la santé de quiconque;
- e) cause ou risque de causer l'atteinte à la sécurité de quiconque;
- f) rend ou risque de rendre des biens, des végétaux ou des animaux impropres à l'usage des êtres humains,
- g) cause ou risque de causer la perte de jouissance de l'usage normal d'un bien,
- h) entrave ou risque d'entraver la marche normale des affaires.

(2) L'alinéa (1)a) ne s'applique pas aux déchets animaux qui sont éliminés conformément aux pratiques normales en usage dans les exploitations agricoles.

IV. Les tribunaux d'instance inférieure

(1) *Le juge Daub*

Tout en reconnaissant que l'al. 13(1)a) LPE pouvait s'appliquer à un nombre presque illimité de situations possibles, le juge Daub a conclu qu'il ne s'agissait pas d'une disposition indéfinie ou incertaine. Il a fait remarquer qu'il serait impossible pour le législateur de codifier chaque circonstance susceptible d'être visée par cette disposition et qu'il appartient aux tribunaux d'en assurer l'interprétation et l'application dans chaque cas.

Le juge Daub s'est aussi fondé sur l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Hoffman Estates c. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982), adopté par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Morgentaler* (1985), 52 O.R. (2d) 353, pour dire qu'une partie ne peut invoquer la théorie de l'imprécision lorsque sa conduite est clairement prohibée par la disposition législative attaquée. Selon le juge Daub, la conduite de CP à Kenora les 6 et 11 avril 1988 était interdite par l'al.

EPA, and CP could not therefore raise a vagueness claim against the provision.

(2) *Fraser Prov. Div. J., Ontario Court (Provincial Division)* (1992), 9 C.E.L.R. (N.S.) 26

Fraser Prov. Div. J. agreed with the conclusion reached by Daub J.P. He stated at p. 31 that "Section 13 does make it clear to any person of average intelligence what conduct is being prohibited".

(3) *The Ontario Court of Appeal* (1993), 13 O.R. (3d) 389

The Ontario Court of Appeal unanimously rejected CP's vagueness claim. Relying on the decision of this Court in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, the court sought to determine whether s. 13(1)(a) EPA provided sufficient guidance for legal debate. The court also determined that a deferential approach should be employed in light of the important social objectives of the EPA.

Like Daub J.P., the court relied upon the decision of the United States Supreme Court in *Hoffman Estates, supra*, and concluded that CP could not rely on hypothetical examples in support of its vagueness claim. It framed the issue as whether, "in the light of the circumstances of this case" (p. 400), s. 13(1)(a) is unconstitutionally vague.

The court then observed that there are three essential elements which must be proved by the Crown under s. 13(1)(a): (1) the Crown must prove that the defendant discharged or permitted the discharge of a contaminant; (2) the Crown must prove that the contaminant was discharged into the natural environment; and (3) the Crown must prove that the discharge of the contaminant was likely to cause impairment of the quality of the natural environment. The court concluded that the terms "discharge", "contaminant", "natural environment" and "impairment" provided sufficient guidance for legal debate, and that the test developed by this Court in *Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*, was satisfied.

13(1)(a) LPE, de sorte que l'appelante ne pouvait soulever la question de l'imprécision à l'égard de cette disposition.

(2) *Le juge Fraser de la Cour de l'Ontario (Division provinciale)* (1992), 9 C.E.L.R. (N.S.) 26

Le juge Fraser a souscrit à la conclusion tirée par le juge Daub. Il a dit à la p. 31 que [TRADUCTION] «L'article 13 indique clairement à toute personne d'intelligence moyenne quelle conduite est interdite».

(3) *La Cour d'appel de l'Ontario* (1993), 13 O.R. (3d) 389

La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté à l'unanimité le moyen de l'imprécision invoqué par CP. En se fondant sur l'arrêt de notre Cour *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, la cour a cherché à déterminer si l'al. 13(1)(a) LPE constituait un guide suffisant pour permettre un débat judiciaire. La cour a aussi déterminé qu'il y avait lieu de faire preuve de retenue eu égard aux objectifs sociaux importants visés par la LPE.

À l'instar du juge Daub, la cour s'est fondée sur l'arrêt *Hoffman Estates*, précité, de la Cour suprême des États-Unis et elle a conclu que CP ne pouvait invoquer des cas hypothétiques pour étayer sa prétention d'imprécision. Selon elle, il s'agissait de déterminer si, [TRADUCTION] «compte tenu des circonstances de l'espèce» (p. 400), l'al. 13(1)(a) est d'une imprécision inconstitutionnelle.

La cour a ensuite fait remarquer que le ministère public doit prouver trois éléments essentiels sous le régime de l'al. 13(1)(a): (1) que la défenderesse a rejeté un contaminant, ou permis que cela se fasse; (2) que le contaminant a été rejeté dans l'environnement naturel; (3) que le rejet du contaminant risquait de causer la dégradation de la qualité de l'environnement naturel. La cour a conclu que les expressions «rejet», «contaminant», «environnement naturel» et «dégradation» constituaient un guide suffisant pour permettre un débat judiciaire, et que le critère élaboré par notre Cour dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, était respecté.

35

36

37

38

V. Analysis(1) *Introduction*

39 CP alleges that s. 13(1)(a) EPA is unconstitutionally vague and overbroad, and thereby infringes s. 7 of the *Charter*. Section 13(1)(a) states:

13. — (1) Notwithstanding any other provision of this Act or the regulations, no person shall deposit, add, emit or discharge a contaminant or cause or permit the deposit, addition, emission or discharge of a contaminant into the natural environment that,

(a) causes or is likely to cause impairment of the quality of the natural environment for any use that can be made of it

In the courts below, CP's vagueness claim involved a general challenge to s. 13(1)(a) in its entirety. In this Court, however, CP's claim specifically challenges the expression "for any use that can be made of [the natural environment]". CP submits that this element of s. 13(1)(a) is so vague and broad that it fails to provide an intelligible standard that would enable citizens to regulate their conduct.

40 I would note that s. 13(1)(a) EPA was amended in 1988 (S.O. 1988, c. 54, s. 10) and later renumbered as s. 14(1) (R.S.O. 1990, c. E.19). That provision states:

14. — (1) Despite any other provision of this Act or the regulations, no person shall discharge a contaminant or cause or permit the discharge of a contaminant into the natural environment that causes or is likely to cause an adverse effect.

"Adverse effect" is defined in s. 1(1) of the 1988 Act, and includes "impairment of the quality of the natural environment for any use that can be made of it" (s. 1(1)(a)). Therefore, the issue raised by CP in relation to the old s. 13(1)(a) EPA is directly relevant to ss. 14(1) and 1(1)(a) of the revised Act.

41 Section 13(1)(a) constitutes a broad and general pollution prohibition. In this respect, it is not unusual, as the EPA contains several broadly worded

V. Analyse(1) *Introduction*

CP prétend que l'al. 13(1)a) LPE est d'une imprécision inconstitutionnelle et a une portée excessive, et qu'il viole ainsi l'art. 7 de la *Charte*. L'alinéa 13(1)a) dispose:

[TRADUCTION] 13. (1) Malgré toute autre disposition de la présente loi et des règlements, nul ne doit déposer, ajouter, émettre ou rejeter un contaminant, ou causer ou permettre le dépôt, l'ajout, l'émission ou le rejet dans l'environnement naturel d'un contaminant qui

a) cause ou risque de causer la dégradation de la qualité de l'environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait. . .

Devant les tribunaux d'instance inférieure, la prétention d'imprécision de CP visait en général tout l'al. 13(1)a). Devant notre Cour toutefois, CP attaque particulièrement l'expression «relativement à tout usage qui peut en être fait [de l'environnement naturel]». Elle fait valoir que cet élément de l'al. 13(1)a) est à ce point imprécis et général qu'il ne peut offrir de norme intelligible qui permette aux citoyens de régler leur conduite en conséquence.

Je voudrais d'abord souligner que l'al. 13(1)a) LPE a été modifié en 1988 (L.O. 1988, ch. 54, art. 10), avant de devenir le nouveau par. 14(1) (L.R.O. 1990, ch. E.19). Cette disposition porte:

14. (1) Malgré toute autre disposition de la présente loi et des règlements, nul ne doit rejeter un contaminant dans l'environnement naturel ou permettre ou faire en sorte que cela se fasse lorsqu'un tel acte cause ou causera vraisemblablement une conséquence préjudiciable.

L'expression «conséquence préjudiciable» définie au par. 1(1) de la Loi de 1988 comprend notamment: «la dégradation de la qualité de l'environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait» (al. 1(1)a)). Par conséquent, la question soulevée par CP relativement à l'ancien al. 13(1)a) LPE est directement pertinente à l'égard du par. 14(1) et de l'al. 1(1)a) de la loi révisée.

L'alinéa 13(1)a) constitue une interdiction générale de pollution, ce qui n'est pas inhabituel puisque la LPE comporte plusieurs interdictions for-

prohibitions. For example, Part VIII of the EPA prohibits “littering”, and “litter” is broadly defined in s. 73 to include,

... any material left or abandoned in a place other than a receptacle or place intended or approved for receiving such material and “littering” has a corresponding meaning. [Emphasis added.]

Another example is found in s. 23(2) EPA, which prohibits the discharge or deposit of “any waste” upon or over the ice over any water. “Waste” is defined in s. 23(1)(c) as “human excrement or any refuse” (emphasis added).

Environmental protection laws in other provinces contain similarly broad pollution prohibitions. Nova Scotia’s *Environmental Protection Act*, R.S.N.S. 1989, c. 150, prohibits “pollution” generally (s. 23(1)), and “pollution” is defined in part as a “detrimental variation or alteration” (s. 3(n)) “that causes or is likely to cause impairment of the quality of the environment for any use that can be made of it . . .” (s. 3(f)(i)(A)). Quebec’s *Environment Quality Act*, R.S.Q. 1977, c. Q-2, contains the following prohibition:

20. No one may emit, deposit, issue or discharge or allow the emission, deposit issuance or discharge into the environment of a contaminant in a greater quantity or concentration than that provided for by regulation of the Gouvernement.

The same prohibition applies to the emission, deposit, issuance or discharge of any contaminant the presence of which in the environment is prohibited by regulation of the Gouvernement or is likely to affect the life, health, safety, welfare or comfort of human beings, or to cause damage to or otherwise impair the quality of the soil, vegetation, wild life or property. [Emphasis added.]

Saskatchewan’s *The Environmental Management and Protection Act*, S.S. 1983-84, c. E-10.2, as am. by S.S. 1992, c. 49, s. 5, is more succinct: “no person shall pollute or cause any pollution” (s. 34.1),

mulées en termes généraux. Ainsi, la Partie VIII de la LPE interdit de «répandre des détritius», et définit à l’art. 73 le terme «détritius» de façon générale:

[TRADUCTION] . . . «détritius» s’entend notamment de toute matière laissée ou abandonnée dans un endroit autre qu’un récipient ou un endroit destiné ou autorisé à recevoir cette matière et l’expression «répandre des détritius» a une signification correspondante. [Je souligne.]

On peut en outre citer à titre d’exemple supplémentaire le par. 23(2) LPE qui interdit de rejeter ou de déposer «des déchets» sur de la glace formée à la surface des eaux. Le terme «déchets» défini à l’al. 23(1)(c) comprend les [TRADUCTION] «excréments humains ou détritius» (je souligne).

Les lois sur la protection de l’environnement dans d’autres provinces comportent des interdictions de pollution semblables formulées aussi en termes généraux. L’*Environmental Protection Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1989, ch. 150, interdit la «pollution» en général (par. 23(1)), laquelle est définie en partie comme une [TRADUCTION] «modification ou altération nuisible» (al. 3n)) [TRADUCTION] «qui cause ou risque de causer une dégradation de la qualité de l’environnement pour tout usage qui peut en être fait» (disp. 3f)(i)(A)). La *Loi sur la qualité de l’environnement* du Québec, L.R.Q. 1977, ch. Q-2, prévoit l’interdiction suivante:

20. Nul ne doit émettre, déposer, dégager ou rejeter ni permettre l’émission, le dépôt, le dégagement ou le rejet dans l’environnement d’un contaminant au-delà de la quantité ou de la concentration prévue par règlement du gouvernement.

La même prohibition s’applique à l’émission, au dépôt, au dégagement ou au rejet de tout contaminant, dont la présence dans l’environnement est prohibée par règlement du gouvernement ou est susceptible de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l’être humain, de causer du dommage ou de porter autrement préjudice à la qualité du sol, à la végétation, à la faune ou aux biens. [Je souligne.]

L’*Environmental Management and Protection Act* de la Saskatchewan, S.S. 1983-84, ch. E-10.2, mod. par S.S. 1992, ch. 49, art. 5, est plus concise: [TRADUCTION] «Nul ne peut polluer ou causer

with "pollution" defined very broadly in s. 2(v). Examples of similarly broad pollution prohibitions can be found in s. 8 of the *Waters Protection Act*, R.S.N. 1990, c. W-5; s. 20 of the *Environmental Protection Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. E-9; s. 5.3 of the *Clean Environment Act*, R.S.N.B. 1973, c. C-6, ad. by S.N.B. 1989, c. 52, s. 6 and am. by S.N.B. 1993, c. 13, s. 5; and s. 98 of the *Environmental Protection and Enhancement Act*, S.A. 1992, c. E-13.3. Moreover, the *Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C., 1985, c. 16 (4th Supp.), contains a very broad prohibition against ocean dumping, which makes it a crime to dump "any substance" from "any ship, aircraft, platform or other anthropogenic structure" in "any area of the sea" over which Canada exercises jurisdiction (s. 67).

43

What is clear from this brief review of Canadian pollution prohibitions is that our legislators have preferred to take a broad and general approach, and have avoided an exhaustive codification of every circumstance in which pollution is prohibited. Such an approach is hardly surprising in the field of environmental protection, given that the nature of the environment (its complexity, and the wide range of activities which might cause harm to it) is not conducive to precise codification. Environmental protection legislation has, as a result, been framed in a manner capable of responding to a wide variety of environmentally harmful scenarios, including ones which might not have been foreseen by the drafters of the legislation. This has left such legislation open to allegations of unconstitutional vagueness: *R. v. Lopes* (1988), 3 C.E.L.R. (N.S.) 78 (Ont. Dist. Ct.); *R. v. Royal Pacific Seafarms Ltd.* (1989), 7 W.C.B. (2d) 355 (B.C. Co. Ct.); *Québec (P.G.) v. Noranda Inc. (Mines Noranda Ltée)* (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 158 (Que. Ct. (crim. div.)); *R. v. Algoma Steel Corp.* (1991), 14 W.C.B. (2d) 264 (Ont. Ct. (Prov. Div.)); *R. v. Satellite Construction Ltd.* (1992), 8 C.E.L.R. (N.S.) 215 (N.S. Prov. Ct.), and *R. v. Commander Business Furniture Inc.* (1992), 9 C.E.L.R. (N.S.) 185 (Ont. Ct. (Prov. Div.)). In

quelque pollution» (art. 34.1), le terme «pollution» étant défini en termes très généraux à l'al. 2v). On peut trouver des exemples d'interdictions de polluer aussi générales à l'art. 8 de la *Waters Protection Act*, R.S.N. 1990, ch. W-5, à l'art. 20 de l'*Environmental Protection Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. E-9, à l'art. 5.3 de la *Loi sur l'assainissement de l'environnement*, L.R.N.-B. 1973, ch. C-6, aj. par L.N.-B. 1989, ch. 52, art. 6, et mod. par L.N.-B. 1993, ch. 13, art. 5, et à l'art. 98 de l'*Environmental Protection and Enhancement Act*, S.A. 1992, ch. E-13.3. En outre, la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. (1985), ch. 16 (4^e suppl.) comprend une interdiction très générale de procéder à toute immersion de déchets en mer, rendant passible d'une infraction quiconque procède à l'immersion «de substances» à partir «de navires, aéronefs, plates-formes ou autres ouvrages» dans «toute zone de mer» relevant de la souveraineté du Canada (art. 67).

Il ressort clairement de cette brève revue des interdictions relatives à la pollution au Canada que nos législateurs ont préféré adopter une démarche générale, évitant ainsi une codification exhaustive de chaque situation entraînant l'interdiction de polluer. Une telle démarche dans le domaine de la protection de l'environnement ne surprend pas, étant donné que la nature de l'environnement (sa complexité et la vaste gamme des activités qui peuvent en causer la dégradation) ne se prête pas à une codification précise. Les lois sur la protection de l'environnement ont donc été rédigées d'une façon qui permette de répondre à une vaste gamme d'atteintes environnementales, y compris celles qui n'ont peut-être même pas été envisagées par leurs rédacteurs. Les lois de cette nature prêtent ainsi le flanc à des allégations d'imprécision inconstitutionnelle: *R. c. Lopes* (1988), 3 C.E.L.R. (N.S.) 78 (C. dist. Ont.); *R. c. Royal Pacific Seafarms Ltd.* (1989), 7 W.C.B. (2d) 355 (C. cté. C.-B.); *Québec (P.G.) c. Noranda Inc. (Mines Noranda Ltée)* (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 158 (C. Qué. (ch. crim.)); *R. c. Algoma Steel Corp.* (1991), 14 W.C.B. (2d) 264 (C. Ont. (Div. prov.)); *R. c. Satellite Construction Ltd.* (1992), 8 C.E.L.R. (N.S.) 215 (C. prov. N.-É.), et *R. c. Commander Business Furniture Inc.* (1992), 9 C.E.L.R. (N.S.) 185

none of these cases, however, has the s. 7 vagueness claim succeeded.

CP's vagueness and overbreadth claims in relation to s. 13(1)(a) of the Ontario EPA could, in my view, be raised against any of the provincial and federal pollution prohibitions which I have mentioned above. Thus, a finding in CP's favour in the instant case would place these prohibitions, and potentially many others, in constitutional jeopardy. Such a finding would obviously impede the ability of the legislature to provide for environmental protection, and would constitute a significant social policy setback. However, for the reasons developed below, I find that CP's constitutional challenge must fail. The terms of s. 13(1)(a) EPA are not vague, but in fact apply quite clearly to pollution activity which is appropriately the subject of legislative prohibition. Moreover, while s. 13(1)(a) applies broadly, the objective of environmental protection is ambitious in scope. The legislature is justified in choosing equally ambitious means for achieving this objective.

In the discussion below, I will consider in detail the vagueness aspect of CP's constitutional challenge. I will then turn briefly to the overbreadth claim.

(2) *The Applicable Legal Principles for a Section 7 Vagueness Claim*

In *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, I enunciated the appropriate interpretive approach to a s. 7 vagueness claim. As I observed there, the principles of fundamental justice in s. 7 require that laws provide the basis for coherent judicial interpretation, and sufficiently delineate an "area of risk". Thus, "a law will be found unconstitutionally vague if it so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate" (p. 643). This requirement of legal precision is founded on two rationales: the need to provide fair notice to citi-

(C. Ont. (Div. prov.)). Les allégations d'imprécision fondées sur l'art. 7 n'ont toutefois été retenues dans aucune de ces affaires.

Les allégations d'imprécision et de portée excessive avancées par CP à l'égard de l'al. 13(1)a) LPE pourraient, à mon avis, être soulevées à l'égard de n'importe quelle des interdictions de polluer provinciales et fédérales susmentionnées. Par conséquent, toute décision en faveur de CP en l'espèce mettrait en péril la constitutionnalité de ces interdictions et peut-être de nombreuses autres. Une telle décision nuirait manifestement au pouvoir du législateur d'assurer la protection de l'environnement et constituerait un important recul en matière de politique sociale. Toutefois, pour les motifs qui suivent, je conclus que l'attaque constitutionnelle présentée par CP doit être rejetée. Les termes de l'al. 13(1)a) LPE ne sont pas imprécis; au contraire, ils s'appliquent en fait très clairement à l'activité polluante qui est à juste titre visée par l'interdiction législative. En outre, autant l'al. 13(1)a) LPE s'applique de manière générale, autant l'objectif de la protection environnementale a une portée ambitieuse. Le législateur est fondé à choisir des moyens tout aussi ambitieux pour atteindre cet objectif.

Dans l'analyse qui suit, j'examinerai en détail le volet imprécision de la contestation constitutionnelle de CP. J'aborderai ensuite brièvement le volet portée excessive.

(2) *Les principes juridiques applicables à une prétention d'imprécision fondée sur l'art. 7*

Dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, j'ai énoncé la démarche interprétative qu'il convient d'adopter à l'égard d'une prétention d'imprécision fondée sur l'art. 7. Comme je l'ai dit alors, selon les principes de justice fondamentale de l'art. 7, les lois doivent fournir le fondement d'une interprétation judiciaire cohérente et délimiter suffisamment une «sphère de risque». Par conséquent, «une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire» (p. 643). Cette exigence de précision de la loi est fondée sur deux

44

45

46

zens of prohibited conduct, and the need to proscribe enforcement discretion.

47 In undertaking vagueness analysis, a court must first develop the full interpretive context surrounding an impugned provision. This is because the issue facing a court is whether the provision provides a sufficient basis for distinguishing between permissible and impermissible conduct, or for ascertaining an "area of risk". This does not necessitate an exercise in strict judicial line-drawing because, as noted above, the question to be resolved is whether the law provides sufficient guidance for legal debate as to the scope of prohibited conduct. In determining whether legal debate is possible, a court must first engage in the interpretive process which is inherent to the "mediating role" of the judiciary (*Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*, at p. 641). Vagueness must not be considered *in abstracto*, but instead must be assessed within a larger interpretive context developed through an analysis of considerations such as the purpose, subject matter and nature of the impugned provision, societal values, related legislative provisions, and prior judicial interpretations of the provision. Only after exhausting its interpretive role will a court then be in a position to determine whether an impugned provision affords sufficient guidance for legal debate.

48 The mediating role of the judiciary is of particular importance in those situations where practical difficulties prevent legislators from framing legislation in precise terms. On this point, I find helpful the comments of Andrew S. Butler, "A Presumption of Statutory Conformity with the Charter" (1993), 19 *Queen's L.J.* 209, at pp. 225-27:

Let us consider the practical difficulties facing legislators in giving statutory expression to their intentions. One difficulty faced in the drafting of statutes is meeting the demand that laws operate prospectively. Legislatures

principes: la nécessité de donner aux citoyens un avertissement raisonnable au sujet d'une conduite interdite et la nécessité d'interdire que la loi soit appliquée de façon discrétionnaire.

Lorsqu'un tribunal est appelé à analyser une prétention d'imprécision, il doit d'abord circonscrire tout le contexte interprétatif entourant la disposition attaquée. Il doit procéder ainsi parce qu'il lui faut déterminer si la disposition fournit un fondement suffisant pour établir une distinction entre une conduite permise et une conduite prohibée, ou pour délimiter une «sphère de risque». Il n'est pas nécessaire de procéder à une délimitation judiciaire stricte puisque, comme je l'ai déjà mentionné, il s'agit de déterminer si la loi fournit un guide suffisant pour un débat judiciaire en ce qui a trait à l'étendue de la conduite prohibée. Pour pouvoir dire s'il y a possibilité d'un débat judiciaire, le tribunal doit d'abord entreprendre le processus d'interprétation qui est inhérent au «rôle de médiateur» du pouvoir judiciaire (*Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, à la p. 641). La question de l'imprécision ne doit pas être examinée dans l'abstrait, mais plutôt être appréciée dans un contexte interprétatif plus large élaboré dans le cadre d'une analyse de certains aspects tels que l'objectif, le contenu et la nature de la disposition attaquée, les valeurs sociales en jeu, les dispositions législatives connexes et les interprétations judiciaires antérieures de la disposition. C'est uniquement après s'être acquitté intégralement de son rôle d'interprétation qu'un tribunal est en mesure de déterminer si la disposition attaquée fournit un guide suffisant pour un débat judiciaire.

Le rôle de médiateur du pouvoir judiciaire revêt une importance particulière dans les cas où des difficultés pratiques empêchent le législateur de formuler des lois en termes précis. Sur ce point, je trouve utiles les commentaires d'Andrew S. Butler, «A Presumption of Statutory Conformity with the Charter» (1993), 19 *Queen's L.J.* 209, aux pp. 225 à 227:

[TRADUCTION] Examinons les difficultés pratiques auxquelles doivent faire face les législateurs lorsqu'ils expriment leurs intentions dans une loi. L'une des difficultés de la rédaction législative a trait à la nécessité

cannot as a rule set down *ex post facto* provisions, which identify types of fact situations intended to be caught by a particular enactment, distinguished from others. Accordingly, legislators face a dilemma: they must pay particular attention to and identify the core commonalities of the fact situations they *do* wish to legislate against (which become embodied within statutes), while at the same time not neglecting to anticipate and provide for variations on those fact situations, which may occur in the future The usual solution to this dilemma is to fall back on general language, which is adequate to cover the particular situations envisaged, and which holds out the possibility of catching unforeseen variations. This strategy can often lead to broadly expressed statutory language, with the danger that it may apply to too much activity — the problem of overbreadth — or that it will not be expressed in concrete enough terms — the problem of vagueness. In such instances, however, the expectation of legislators will invariably be that the courts will flesh-out the generality of the provisions through interpretation based upon experience. [Emphasis added; italics in original text.]

The use of broad and general terms in legislation may well be justified, and s. 7 does not prevent the legislature from placing primary reliance on the mediating role of the judiciary to determine whether those terms apply in particular fact situations. I would stress, however, that the standard of legal precision required by s. 7 will vary depending on the nature and subject matter of a particular legislative provision. As I stated in *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, at p. 627:

Factors to be considered in determining whether a law is too vague include (a) the need for flexibility and the interpretive role of the courts, (b) the impossibility of achieving absolute certainty, a standard of intelligibility being more appropriate and (c) the possibility that many varying judicial interpretations of a given disposition may exist and perhaps coexist

In particular, a deferential approach should be taken in relation to legislative enactments with legitimate social policy objectives, in order to avoid impeding the state's ability to pursue and promote those objectives (at p. 642). The s. 7 doc-

d'assurer une application prospective des lois. En règle générale, les législateurs ne peuvent établir des dispositions après le fait qui identifient des sortes de situations factuelles qu'ils entendent viser par une disposition particulière, en les distinguant des autres. Les législateurs sont donc pris dans un dilemme: il leur faut d'une part déterminer et identifier avec soin les constantes fondamentales des situations factuelles qu'ils *souhaitent* interdire par voie législative (en les énonçant dans les lois), et d'autre part ne pas négliger de prévoir les variations de ces situations factuelles qui risquent de se produire à l'avenir [. . .] La solution habituellement retenue pour sortir de ce dilemme consiste à recourir à une formulation générale, qui est adéquate pour couvrir les situations particulières prévues, et qui devrait permettre d'englober les variations non prévues. Cette stratégie donne souvent lieu à un libellé législatif exprimé en termes généraux, qui risque d'être applicable à un cercle d'activités trop grand — le problème de la portée excessive — ou qui n'est pas exprimé en des termes suffisamment concrets — le problème de l'imprécision. En pareil cas, cependant, les législateurs s'attendent invariablement à ce que les tribunaux étoffent les dispositions générales par une interprétation fondée sur l'expérience. [Je souligne; en italique dans l'original.]

Le recours à des dispositions législatives générales peut fort bien se justifier, et l'art. 7 n'empêche pas le législateur de se fonder principalement sur le rôle de médiateur du pouvoir judiciaire pour déterminer si ces dispositions sont applicables à des situations factuelles particulières. Je voudrais toutefois souligner que la norme de précision législative exigée par l'art. 7 varie selon la nature et le contenu de chaque disposition législative particulière. Comme je l'ai dit dans *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, à la p. 627:

Les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer si une loi est trop imprécise comprennent: a) la nécessité de la souplesse et le rôle des tribunaux en matière d'interprétation; b) l'impossibilité de la précision absolue, une norme d'intelligibilité étant préférable; c) la possibilité qu'une disposition donnée soit susceptible de nombreuses interprétations qui peuvent même coexister. . . .

Il faudrait en particulier faire preuve de retenue à l'égard des dispositions législatives qui cherchent à atteindre des objectifs de politique sociale légitimes, afin de ne pas nuire à la capacité de l'État de viser et de promouvoir ces objectifs (à la p. 642).

trine of vagueness must not be used to straight-jacket the state in social policy fields.

(3) *Application of the Vagueness Principles in the Instant Case*

50 CP alleges that s. 13(1)(a) is so open-ended that it constitutes a “standardless sweep”. The issue to be resolved is whether s. 13(1)(a) provides the basis for coherent legal debate as to what constitutes a “contaminant”, an “impairment” and a “use” of the “natural environment”. In other words, can the scope of s. 13(1)(a) be reasonably interpreted, in order for an “area of risk” to be discerned?

51 In developing the interpretive context for a s. 7 vagueness analysis, it is first necessary to have regard to the purpose and subject matter of the impugned legislative provision. The purpose of the EPA, as stated in s. 2, “is to provide for the protection and conservation of the natural environment”. The social importance of environmental protection is obvious, yet the nature of the environment does not lend itself to precise codification. On this point, the comments of the Law Reform Commission of Canada, *Crimes Against the Environment* (1985), Working Paper 44, are apposite. There, the Commission proposed the formulation of a *Criminal Code* prohibition against environmental pollution, and at p. 46 recommended that the prohibition should be framed in “general terms”:

To be as effective as possible, a *Criminal Code* prohibition against environmental pollution should be formulated in general terms as regards the substances, contaminants, and range of activities which could fall within its scope. The advantage thereby gained is that the offence could be as all-inclusive as possible, not excluding as a potential focus of criminal liability a specific form of conduct, a particular element of the environment, or a specific substance or contaminant only because they were not expressly referred to in the *Code* offence. If each substance, emission standard or type of activity had to be expressly listed in a *Criminal Code* offence, it would have to be revised each time a new pollutant, hazard or activity not originally foreseen

La théorie de l'imprécision au regard de l'art. 7 ne doit pas servir à imposer une camisole de force à l'État dans les domaines de la politique sociale.

(3) *Application des principes de l'imprécision à la présente espèce*

CP prétend que l'al. 13(1)a a une portée tellement illimitée qu'il laisse une «large place à l'arbitraire». Il s'agit de déterminer si l'al. 13(1)a fournit le fondement d'un débat judiciaire cohérent sur ce qui constitue un «contaminant», une «dégradation» et un «usage» de «l'environnement naturel». En d'autres termes, la portée de l'al. 13(1)a peut-elle recevoir une interprétation raisonnable qui permette de délimiter une «sphère de risque»?

Dans l'élaboration du contexte interprétatif pour une analyse de l'imprécision au regard de l'art. 7, il est nécessaire d'examiner en premier lieu l'objectif et le contenu de la disposition législative attaquée. La LPE a pour objet, ainsi que l'énonce l'art. 2, [TRADUCTION] «d'assurer la protection et la conservation de l'environnement naturel». L'importance de la protection de l'environnement pour la société est évidente, mais de par sa nature, l'environnement ne se prête pas à une codification précise. À cet égard, les commentaires de la Commission de réforme du droit du Canada dans *Les crimes contre l'environnement* (1985), Document de travail 44, sont pertinents. La Commission y propose la formulation d'une interdiction de pollution de l'environnement dans le *Code criminel* et recommande, aux pp. 53 et 54, le recours à un libellé en «termes généraux»:

Par souci d'efficacité, les dispositions du *Code criminel* prohibant la pollution de l'environnement devraient être formulées en termes généraux pour ce qui est des substances, des contaminants et des types d'activités visés. Une formulation générale présenterait l'avantage de donner à l'infraction une portée compréhensive, de façon à ne pas exclure d'emblée de la responsabilité pénale un type de conduite particulier, un élément particulier de l'environnement ou encore une substance ou un contaminant particuliers seulement parce qu'ils n'ont pas été énumérés dans le texte d'incrimination. En effet, s'il fallait énumérer dans le *Code criminel* chaque substance, norme d'émission ou type d'activité, il faudrait modifier le *Code* chaque fois qu'un nouveau polluant,

came into existence, and each time a new emission standard was formulated, or an existing one revised

To be as effective as possible, a *Code* prohibition of pollution should accommodate a wide range of activities. The environment and consequently human life and health, can after all, be harmed or endangered either by direct acts or in the course of many kinds of activity. The primary harm and danger points as regards a wide variety of potentially hazardous goods, wastes and contaminants are their manufacture, their transportation, their use, their storage and their disposal. In the interests of both comprehension and specificity, all these activities and stages which could in some circumstances, attract criminal liability, should be expressly included in the formulation of the *Code* offence.

In the context of environmental protection legislation, a strict requirement of drafting precision might well undermine the ability of the legislature to provide for a comprehensive and flexible regime. As the Law Reform Commission suggests, then, generally framed pollution prohibitions are desirable from a public policy perspective. This explains why s. 13(1)(a) prohibits any emission of a contaminant which causes or is likely to cause impairment of the quality of the natural environment for any use that can be made of it. In my view, the generality of s. 13(1)(a) ensures flexibility in the law, so that the EPA may respond to a wide range of environmentally harmful scenarios which could not have been foreseen at the time of its enactment.

Moreover, the precise codification of environmental hazards in environmental protection legislation may hinder, rather than promote, public understanding of what conduct is prohibited, and may fuel uncertainty about the “area of risk” created by the legislation. This is a point raised in *Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*, at p. 642. In the area of environmental protection, legislators have two choices. They may enact detailed provisions which prohibit the release of particular quantities of enumerated substances into the natural environment. Alternatively, they may

danger ou activité non prévu initialement se fait jour, chaque fois qu’une nouvelle norme d’émission est formulée ou qu’une norme existante est révisée. . .

Pour être efficaces, les dispositions du *Code* interdisant la pollution devraient pouvoir embrasser un vaste éventail d’activités. Après tout, l’environnement et, par tant, la vie et la santé humaines, peuvent être endommagés ou mis en danger soit par des actes directs, soit au cours de nombreuses activités. Les principaux dommages et dangers que peuvent causer une grande variété de produits, de déchets et de contaminants dangereux peuvent survenir au cours de leur fabrication, de leur transport, de leur utilisation, de leur stockage et de leur élimination. Par souci d’exhaustivité autant que de précision, toutes ces activités qui peuvent, dans certaines conditions, engager la responsabilité pénale, devraient être visées par la formulation du texte d’incrimination.

Dans le contexte des lois sur la protection de l’environnement, toute exigence stricte de précision dans la formulation pourrait avoir pour effet de limiter la capacité du législateur à établir un régime complet et souple. Comme le dit la Commission de réforme du droit, il est préférable d’un point de vue de politique d’intérêt public de formuler les dispositions prohibant la pollution en termes généraux. Voilà pourquoi l’al. 13(1)a) interdit toute émission d’un contaminant qui cause ou risque de causer la dégradation de la qualité de l’environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait. À mon avis, la généralité de l’al. 13(1)a) se trouve à assurer la souplesse de la loi, de sorte que la LPE puisse répondre de la vaste gamme d’hypothèses d’atteintes à l’environnement qui ne pouvaient être envisagées au moment de son adoption.

De plus, la codification précise des risques environnementaux dans les lois sur la protection de l’environnement peut avoir pour effet de gêner plutôt que de favoriser la compréhension par le public des conduites qui sont prohibées et d’alimenter l’incertitude quant à la «sphère de risque» créée par la loi. Ce point a été soulevé dans *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, à la p. 642. En matière de protection de l’environnement, les législateurs ont le choix entre deux possibilités. D’une part, ils peuvent adopter des dispositions détaillées qui interdisent le rejet dans l’environne-

52

53

choose a more general prohibition of "pollution", and rely on the courts to determine whether, in a particular case, the release of a substance into the natural environment is of sufficient magnitude to attract legislative sanction. The latter option is, of course, more flexible and better able to accommodate developments in our knowledge about environmental protection. However, a general enactment may be challenged (as in the instant case) for failing to provide adequate notice to citizens of prohibited conduct. Is a very detailed enactment preferable? In my view, in the field of environmental protection, detail is not necessarily the best means of notifying citizens of prohibited conduct. If a citizen requires a chemistry degree to figure out whether an activity releases a particular contaminant in sufficient quantities to trigger a statutory prohibition, then that prohibition provides no better fair notice than a more general enactment. The notice aspect of the vagueness analysis must be approached from an objective point of view: would the average citizen, with an average understanding of the subject matter of the prohibition, receive adequate notice of prohibited conduct? If specialized knowledge is required to understand a legislative provision, then citizens may be baffled.

ment naturel de quantités particulières de substances énumérées. D'autre part, ils peuvent opter pour une interdiction plus générale de «pollution», et se fier sur les tribunaux pour déterminer si, dans un cas particulier, le rejet d'une substance dans l'environnement naturel est suffisamment important pour en rendre l'auteur passible de sanction légale. Cette seconde option est bien sûr plus souple et plus susceptible de s'adapter à l'évolution de nos connaissances en matière de protection de l'environnement. Toutefois, une disposition générale peut être attaquée (comme en l'espèce) parce qu'elle ne fournirait pas aux citoyens un avertissement adéquat de la conduite prohibée. Une disposition législative très précise serait-elle préférable? À mon avis, en matière de protection de l'environnement, l'énumération détaillée n'est pas nécessairement la meilleure façon d'avertir les citoyens des conduites qui sont prohibées. Si une interdiction législative exige du citoyen qu'il ait une formation poussée en chimie pour être en mesure de déterminer qu'une activité donnée libère un contaminant particulier en quantité suffisante pour entraîner son application, cette interdiction ne donne guère un meilleur avertissement qu'une loi plus générale. Le volet avertissement de l'analyse de l'imprécision doit être abordé d'un point de vue objectif: est-ce que le citoyen moyen possédant une connaissance moyenne de la matière visée par l'interdiction en tirerait un avertissement adéquat de la conduite prohibée? Les citoyens peuvent être dérouterés s'il leur faut posséder des connaissances spécialisées pour être en mesure de comprendre une disposition législative.

54

Of course, the question remains as to whether sufficient notice is provided to meet the standard demanded by s. 7. On this point, in *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, I observed that there are two aspects to the fair notice requirement: procedural and substantive. Procedural notice involves the mere fact of bringing the text of a law to the attention of citizens. As I noted at p. 633, the idea of giving fair notice to citizens would be rather empty if procedural notice were sufficient, particularly since citizens are presumed to know the law. Therefore, whether or not citizens are familiar with the text of a law is not a central con-

Bien sûr, la question demeure toujours de savoir si la disposition donne un avertissement suffisant pour satisfaire à la norme de l'art. 7. À cet égard, dans *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, j'ai fait remarquer que l'exigence d'un avertissement raisonnable comporte deux volets: l'un touchant la forme et l'autre, le fond. L'aspect de l'avertissement qui touche la forme se limite au seul fait d'attirer l'attention des citoyens sur le texte de la loi. Comme je l'ai dit à la p. 633, l'idée de donner un avertissement raisonnable aux citoyens serait plutôt dénuée de sens s'il suffisait simplement de donner un avertissement sur la

cern of vagueness analysis. Instead, the focus of the analysis is the substantive aspect of fair notice, which I described at pp. 633-34 as "an understanding that some conduct comes under the law".

Whether citizens appreciate that particular conduct is subject to legislative sanction is inextricably linked to societal values. As I stated in *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, at p. 634:

The substantive aspect of fair notice is therefore a subjective understanding that the law touches upon some conduct, based on the substratum of values underlying the legal enactment and on the role that the legal enactment plays in the life of the society.

Societal values are highly relevant in assessing whether a general pollution prohibition, such as s. 13(1)(a) EPA, provides fair notice to citizens of prohibited conduct. It is clear that over the past two decades, citizens have become acutely aware of the importance of environmental protection, and of the fact that penal consequences may flow from conduct which harms the environment. Recent environmental disasters, such as the Love Canal, the Mississauga train derailment, the chemical spill at Bhopal, the Chernobyl nuclear accident, and the *Exxon Valdez* oil spill, have served as lightning rods for public attention and concern. Acid rain, ozone depletion, global warming and air quality have been highly publicized as more general environmental issues. Aside from high-profile environmental issues with a national or international scope, local environmental issues have been raised and debated widely in Canada. Everyone is aware that individually and collectively, we are responsible for preserving the natural environment. I would agree with the Law Reform Commission of

forme, surtout puisque la connaissance de la loi est présumée. Par conséquent, la question de savoir si les citoyens connaissent bien le texte d'une loi n'est pas une question centrale dans une analyse relative à l'imprécision. L'analyse doit plutôt se concentrer sur le fond de l'avertissement raisonnable, que j'ai décrit à la p. 633 comme «la conscience qu'une conduite est répréhensible en droit».

Le fait que les citoyens soient conscients ou non qu'une conduite particulière entraîne sanction de la loi est inextricablement lié aux valeurs de la société. Comme je l'ai dit dans *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, à la p. 634:

Du point de vue du fond, l'avertissement raisonnable réside donc dans la conscience subjective de l'illégalité d'une conduite, fondée sur les valeurs qui forment le substrat du texte d'incrimination et sur le rôle que joue le texte d'incrimination dans la vie de la société.

Les valeurs de la société sont des plus pertinentes lorsqu'il s'agit de déterminer si une interdiction générale de pollution, comme celle qui est prévue à l'al. 13(1)(a) LPE, donne aux citoyens un avertissement raisonnable de la conduite prohibée. Il est clair qu'au cours des deux dernières décennies, les citoyens se sont fortement sensibilisés à l'importance d'assurer la protection de l'environnement et au fait que des conséquences pénales peuvent découler d'une conduite qui nuit à l'environnement. Des désastres environnementaux récents, comme l'état du Love Canal, le déraillement ferroviaire à Mississauga, la fuite de produits chimiques à Bhopal, l'accident nucléaire de Tchernobyl et le déversement de pétrole de l'*Exxon Valdez*, ont canalisé l'attention et l'inquiétude du public. Les pluies acides, l'amincissement de la couche d'ozone, le réchauffement global de la terre et la qualité de l'air sont des sujets environnementaux plus généraux qui ont fait la manchette. Outre les questions environnementales marquantes à l'échelle nationale ou internationale, il est des questions d'environnement locales qui sont soulevées et débattues un peu partout au Canada. Nous savons tous que, individuellement et collectivement, nous sommes responsables de la préservation de l'environnement naturel. J'abonde dans le sens de la Commission de réforme du droit du

Canada, *Crimes Against the Environment*, *supra*, which concluded at p. 8 that:

... a fundamental and widely shared value is indeed seriously contravened by some environmental pollution, a value which we will refer to as the *right to a safe environment*.

To some extent, this right and value appears to be new and emerging, but in part because it is an extension of existing and very traditional rights and values already protected by criminal law, its presence and shape even now are largely discernible. Among the new strands of this fundamental value are, it may be argued, those such as *quality of life*, and *stewardship* of the natural environment. At the same time, traditional values as well have simply expanded and evolved to include the environment now as an area and interest of direct and primary concern. Among these values fundamental to the purposes and protections of criminal law are the *sanctity of life*, the *inviolability and integrity of persons*, and the *protection of human life and health*. It is increasingly understood that certain forms and degrees of environmental pollution can directly or indirectly, sooner or later, seriously harm or endanger human life and human health. [Emphasis in original text.]

Not only has environmental protection emerged as a fundamental value in Canadian society, but this has also been recognized in legislative provisions such as s. 13(1)(a) EPA.

56

In 1988, when the pollution in the instant case took place, few citizens would have been aware of the actual terms of s. 13(1)(a) EPA. However, the average citizen in Ontario would have known that pollution was statutorily prohibited. It therefore would not have come as a surprise to citizens that the EPA prohibited the emission of contaminants into the environment that were likely to impair a use of the natural environment. In my view, the purpose and terms of s. 13(1)(a) are so closely related to the societal value of environmental protection that substantive notice of the prohibition in s. 13(1)(a) is easy to demonstrate.

Canada qui, dans son document *Les crimes contre l'environnement*, *op. cit.*, a conclu, à la p. 10:

... certains faits de pollution représentent effectivement la violation d'une valeur fondamentale et largement reconnue, valeur que nous appellerons le *droit à un environnement sûr*.

Cette valeur paraît relativement nouvelle, encore que dans la mesure où elle s'inscrit dans le prolongement d'un ensemble traditionnel et bien établi de droits et de valeurs déjà protégés par le droit pénal, son existence et ses modalités soient facilement perceptibles. Parmi les nouvelles composantes de cette valeur fondamentale, on peut sans doute compter la *qualité de la vie* et la *responsabilité* de l'être humain envers l'environnement naturel. D'autre part, les valeurs plus traditionnelles ont simplement évolué et pris une certaine ampleur pour embrasser l'environnement à titre de sujet d'intérêt et de préoccupation en soi. Font partie des valeurs fondamentales qui sous-tendent les objets et les mécanismes de protection du droit pénal, le *caractère sacré de la vie*, l'*inviolabilité et l'intégrité de la personne* et la *protection de la vie et de la santé humaines*. L'on s'entend de plus en plus pour dire que la pollution de l'environnement, sous certaines formes et à certains degrés, peut, directement ou indirectement, à court ou à long terme, être gravement dommageable ou dangereuse pour la vie et la santé humaines. [En italique dans l'original.]

Non seulement la protection de l'environnement est-elle devenue une valeur fondamentale au sein de la société canadienne, mais ce fait est maintenant reconnu dans des dispositions législatives telles que l'al. 13(1)a) LPE.

En 1988, au moment où est survenue la pollution visée par la présente affaire, peu de citoyens connaissaient la formulation exacte de l'al. 13(1)a) LPE. Toutefois, l'Ontarien moyen devait savoir que la pollution était interdite par la loi. Les citoyens n'auraient donc pas été surpris de savoir que la LPE interdisait l'émission dans l'environnement de contaminants susceptibles de détériorer un usage de l'environnement naturel. À mon avis, l'objet et les termes de l'al. 13(1)a) sont si intimement liés à la valeur que représente la protection de l'environnement pour la société qu'il est facile de démontrer l'existence de l'avertissement quant au fond de la prohibition prévue à l'al. 13(1)a).

In addition to the purpose and subject matter of s. 13(1)(a) EPA, and the societal values underlying the provision, the interpretive context in the instant case is further coloured by the regulatory nature of the offence contained in s. 13(1)(a). In *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, Cory J. held at p. 227 that, “the contextual approach requires that regulatory and criminal offences be treated differently for the purposes of *Charter* review”, with the result that regulatory offences are subject to a lower standard of *Charter* scrutiny. He offered two justifications for differential treatment. The first, the licensing justification, is not implicated in the instant case. However, the second, the vulnerability justification, is highly relevant. As Cory J. explained, at p. 233:

The realities and complexities of a modern industrial society coupled with the very real need to protect all of society and particularly its vulnerable members, emphasize the critical importance of regulatory offences in Canada today. Our country simply could not function without extensive regulatory legislation. The protection provided by such measures constitutes a second justification for the differential treatment, for *Charter* purposes, of regulatory and criminal offences.

Cory J. emphasized the principle that the *Charter* should not be used as an instrument to roll back legislative protections enacted on behalf of the disadvantaged, vulnerable and comparatively powerless members of society. He then reached the following conclusion, at p. 234:

Regulatory legislation is essential to the operation of our complex industrial society; it plays a legitimate and vital role in protecting those who are most vulnerable and least able to protect themselves. The extent and importance of that role has increased continuously since the onset of the Industrial Revolution. Before effective workplace legislation was enacted, labourers — including children — worked unconscionably long hours in dangerous and unhealthy surroundings that evoke visions of Dante’s *Inferno*. It was regulatory legislation with its enforcement provisions which brought to an end the shameful situation that existed in mines, factories and workshops in the nineteenth century. The differen-

À l’objet et au contenu de l’al. 13(1)a) LPE de même qu’aux valeurs de la société qui sous-tendent cette disposition vient s’ajouter, comme élément du contexte interprétatif, la nature réglementaire de l’infraction prévue à l’al. 13(1)a). Dans *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, le juge Cory a écrit, à la p. 227, que «la méthode contextuelle exige que les infractions réglementaires et les infractions criminelles soient traitées différemment aux fins de l’examen fondé sur la *Charte*», de sorte que les infractions réglementaires sont assujetties à une norme moins sévère d’examen fondé sur la *Charte*. Il a avancé deux raisons pour justifier un traitement différent. La première, qui a trait à l’acceptation d’un régime réglementaire, ne s’applique pas ici. En revanche, la seconde, qui a trait à la vulnérabilité, est très pertinente. Comme l’explique le juge Cory, à la p. 233:

Les réalités et les complexités d’une société industrielle moderne associées au besoin réel de protéger tous les membres de la société et, en particulier, ceux qui sont vulnérables font ressortir l’importance cruciale des infractions réglementaires au Canada aujourd’hui. Notre pays ne pourrait tout simplement pas fonctionner sans réglementation très étendue. La protection fournie par de telles mesures est une seconde justification du traitement différent des infractions réglementaires et des infractions criminelles aux fins de la *Charte*.

Le juge Cory a souligné le principe selon lequel la *Charte* ne devrait pas servir à réduire les protections législatives adoptées à l’intention des membres de la société qui sont désavantagés, vulnérables et relativement démunis. Il est arrivé à la conclusion suivante, à la p. 234:

Les lois de nature réglementaire sont essentielles au fonctionnement de notre société industrielle complexe; elles jouent un rôle crucial et légitime dans la protection des citoyens qui sont les plus vulnérables et qui sont les moins capables de se protéger eux-mêmes. Ce rôle a constamment pris de l’ampleur depuis le début de la révolution industrielle. Avant l’adoption de lois efficaces sur les conditions et les lieux de travail, on imposait aux travailleurs, y compris aux enfants, des horaires de travail déraisonnablement longs dans des endroits dangereux et malsains qui évoquent des visions de l’*Enfer* de Dante. Ce sont les lois de réglementation et leurs dispositions d’application qui ont mis fin à la situation

tial treatment of regulatory offences is justified by their common goal of protecting the vulnerable.

58 In the environmental context, each one of us is vulnerable to the health and property damage caused by pollution. Where the legislature provides protection through regulatory statutes such as the EPA, it is appropriate for courts to take a more deferential approach to the *Charter* review of the offences contained in such statutes.

59 I therefore conclude that the purpose and subject matter of s. 13(1)(a) EPA, the societal values underlying it, and its nature as a regulatory offence, all inform the analysis of CP's s. 7 vagueness claim. Legislators must have considerable room to manoeuvre in the field of environmental regulation, and s. 7 must not be employed to hinder flexible and ambitious legislative approaches to environmental protection.

60 Keeping this in mind, it is now necessary to consider the actual terms of s. 13(1)(a). In order to secure a conviction under s. 13(1)(a), the Crown must prove three elements: (1) that the accused has emitted, or caused or permitted the emission of a contaminant; (2) that the contaminant was emitted into the natural environment; and (3) that the contaminant caused or was likely to cause the impairment of the quality of the natural environment for any use that can be made of it.

61 The term "contaminant" is defined in s. 1(1)(c) EPA as:

- (c) . . . any solid, liquid, gas, odour, heat, sound, vibration, radiation or combination of any of them resulting directly or indirectly from the activities of man that may,
- (i) impair the quality of the natural environment for any use that can be made of it,

scandaleuse qui existait dans les mines, dans les usines et dans les ateliers au XIX^e siècle. Le traitement différent des infractions réglementaires se justifie par leur objectif commun qui est de protéger ceux qui sont vulnérables.

Dans le contexte environnemental, chacun d'entre nous est menacé par la dégradation de la santé et des biens que cause la pollution. Lorsque le législateur prévoit des mesures de protection au moyen de lois de nature réglementaire comme la LPE, il convient que les tribunaux fassent preuve d'une plus grande retenue quand ils examinent les infractions prévues dans ces lois au regard de la *Charte*.

Je conclus donc que l'objectif et le contenu de l'al. 13(1)a) LPE, les valeurs de la société qui le sous-tendent, de même que la nature réglementaire de l'infraction qu'il prévoit ont tous une incidence sur l'analyse de l'imprécision au regard de l'art. 7 alléguée par CP. Les législateurs doivent disposer d'une grande marge de manœuvre en matière de réglementation environnementale, et l'art. 7 ne doit pas nuire aux démarches législatives souples et d'envergure en matière de protection de l'environnement.

Cela dit, il est maintenant nécessaire d'examiner les termes mêmes de l'al. 13(1)a). Pour obtenir une déclaration de culpabilité sous le régime de l'al. 13(1)a), le ministère public doit prouver trois éléments: (1) que l'accusée a rejeté un contaminant, ou permis que cela se fasse; (2) que le contaminant a été rejeté dans l'environnement naturel, et (3) que le rejet du contaminant a causé ou risquait de causer la dégradation de la qualité de l'environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait.

Le mot «contaminant» est ainsi défini à l'al. 1(1)c) LPE:

- c) Solide, liquide, gaz, odeur, chaleur, son, vibration, radiation ou une combinaison de ces éléments qui proviennent, directement ou indirectement, des activités humaines et qui peuvent
- (i) causer la dégradation de la qualité de l'environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait,

- (ii) cause injury or damage to property or to plant or animal life,
- (iii) cause harm or material discomfort to any person,
- (iv) adversely affect the health or impair the safety of any person,
- (v) render any property or plant or animal life unfit for use by man;
- (vi) cause loss of enjoyment of normal use of property, or
- (vii) interfere with the normal conduct of business.

The term “natural environment” is defined in s. 1(1)(k) as “the air, land and water, or any combination or part thereof, of the Province of Ontario”. Subject to my comments below, which are relevant to the interpretation of s. 1(1)(c)(i), I have no trouble concluding that these statutory definitions provide the basis for legal debate as to what constitutes a “contaminant” and the “natural environment”.

The term “impairment” is not defined in the EPA. However, I agree with Galligan J.A. in the court below, who found it significant that the concept of “impairment” has been the subject of legal debate in the context of drinking and driving for decades. In the recent decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Stellato* (1993), 78 C.C.C. (3d) 380, aff’d, [1994] 2 S.C.R. 478, that court had the opportunity to review the legal debate surrounding the interpretation of “impaired”, as the term is used in s. 253(a) of the *Criminal Code* (operation of a motor vehicle while impaired). Labrosse J.A., writing for the court at p. 382, observed that some courts have adopted an interpretation of “impaired” which requires a “marked departure from what is usually considered as the normal” (*R. v. McKenzie* (1955), 111 C.C.C. 317 (Alta. Dist. Ct.); *R. v. Smith* (1992), 73 C.C.C. (3d) 285 (Alta. C.A.)), whereas other courts have concluded that the term “impaired” covers even a slight departure from the norm (*R. v. Winlaw* (1988), 13 M.V.R. (2d) 112 (Ont. Dist. Ct.); *R. v. Bruhjell*, [1986] B.C.J. No. 746 (C.A.); *R. v. Campbell* (1991), 87 Nfld. & P.E.I.R. 269

- (ii) causer du tort ou des dommages à des biens, des végétaux ou des animaux,
- (iii) causer de la nuisance ou des malaises sensibles à quiconque,
- (iv) causer l’altération de la santé de quiconque ou l’atteinte à sa sécurité;
- (v) rendre des biens, des végétaux ou des animaux impropres à l’usage des êtres humains;
- (vi) causer la perte de jouissance de l’usage normal d’un bien,
- (vii) entraver la marche normale des affaires.

L’expression «environnement naturel» est ainsi définie à l’al. 1(1)k): [TRADUCTION] «Air, terrain et eau ou toute combinaison ou partie de ces éléments qui sont compris dans la province de l’Ontario.» Sous réserve de mes remarques ci-après, qui sont pertinentes à l’interprétation du sous-al. 1(1)c)(i), je n’ai aucune difficulté à conclure que ces définitions législatives fournissent matière à débat judiciaire sur ce qui constitue un «contaminant» et l’«environnement naturel».

Le terme «dégradation» (en anglais «*impairment*») n’est pas défini dans la LPE. Toutefois, je suis d’accord avec le juge Galligan, de la Cour d’appel, qui a jugé intéressant le fait que la notion d’«*impairment*» a été pendant des décennies l’objet de débats judiciaires dans le contexte d’infractions d’alcool au volant. Dans l’arrêt récent *R. c. Stellato* (1993), 78 C.C.C. (3d) 380, conf. par [1994] 2 R.C.S. 478, la Cour d’appel de l’Ontario a eu l’occasion d’examiner le débat judiciaire entourant l’interprétation de l’expression «*impaired*» («affaibli») employée à l’al. 253a) du *Code criminel* (conduite d’un véhicule automobile avec capacité affaiblie). Le juge Labrosse, au nom de la cour, a fait observer, à la p. 382, que certains tribunaux ont adopté une interprétation du terme «affaibli» qui exige un [TRADUCTION] «écart marqué par rapport à ce qui est habituellement considéré comme normal» (*R. c. McKenzie* (1955), 111 C.C.C. 317 (C. dist. Alb.); *R. c. Smith* (1992), 73 C.C.C. (3d) 285 (C.A. Alb.)), tandis que d’autres ont conclu que ce terme comprend même un faible écart par rapport à la norme (*R. c. Winlaw* (1988), 13 M.V.R. (2d) 112 (C. dist. Ont.); *R. c. Bruhjell*,

(P.E.I.C.A.)). Labrosse J.A. himself favoured the latter interpretation, at p. 384:

If the evidence of impairment is so frail as to leave the trial judge with a reasonable doubt as to impairment, the accused must be acquitted. If the evidence of impairment establishes any degree of impairment ranging from slight to great, the offence has been made out.

In my view, the decision in *Stellato* demonstrates conclusively that the term “impairment” provides the basis for legal debate.

63 I next turn to the “use” requirement in s. 13(1)(a), which is the focus of CP’s s. 7 challenge. It is notable that the existence of the “use” condition actually narrows the scope of s. 13(1)(a), and that CP is therefore alleging vagueness in relation to an element of s. 13(1)(a) which operates to limit CP’s liability. If the “use” element were not present, then s. 13(1)(a) would cover a much broader range of pollution activity. However, the “use” condition requires the Crown to establish not only that a polluting substance has been released, but also that the release of the substance has actually impeded, or is likely to impair, someone’s or something’s “use” of the environment. The instant case illustrates this point. If CP had employed controlled fires on its right-of-way in a remote and unpopulated region of Northern Ontario, and wind conditions had caused the smoke to spread beyond the confines of CP’s property, then CP could argue that it did not infringe s. 13(1)(a) because no discernible “use” of the environment had been, or was likely to have been, impaired. However, the smoke in Kenora filled residential homes, and diminished visibility on nearby roads. Thus, identifiable human “uses” were affected by the smoke, resulting in CP’s liability under s. 13(1)(a).

64 The term “use” is not defined in the EPA. Nevertheless, I am of the view that judicial interpretation of what constitutes a “use” of the natural envi-

[1986] B.C.J. No. 746 (C.A.); *R. c. Campbell* (1991), 87 Nfld. & P.E.I.R. 269 (C.A.Î.-P.-É.)). Le juge Labrosse penchait pour cette dernière interprétation (à la p. 384):

[TRADUCTION] Si la preuve de la capacité affaiblie est mince au point de susciter à ce sujet un doute raisonnable chez le juge du procès, l’accusé doit être acquitté. Si la preuve de la capacité affaiblie établit un degré quelconque d’affaiblissement pouvant aller de léger à élevé, il y a infraction.

À mon avis, l’arrêt *Stellato* démontre de façon concluante que le terme «*impairment*» fournit le fondement d’un débat judiciaire.

J’aborde maintenant la question de l’«usage» qu’il faut établir en vertu de l’al. 13(1)a), soit le point central attaqué par CP au regard de l’art. 7. Il est intéressant de noter que l’existence de la condition d’«usage» se trouve effectivement à réduire la portée de l’al. 13(1)a) et que CP invoque donc la théorie de l’imprécision à l’égard d’un élément de l’al. 13(1)a) qui a pour effet de limiter sa responsabilité. Si le terme «usage» n’y figurait pas, l’al. 13(1)a) engloberait une gamme beaucoup plus vaste d’activités polluantes. La condition de l’«usage» force par contre le ministère public à prouver non seulement qu’une substance polluante a été déposée, mais aussi que le dépôt de cette substance a effectivement détérioré, ou est susceptible de détériorer l’«usage» de l’environnement par quelqu’un ou quelque chose. La présente espèce en est l’illustration. Si CP avait procédé à des brûlages contrôlés sur son emprise dans une région éloignée et inhabitée du Nord de l’Ontario et que le vent avait poussé la fumée au-delà des limites de sa propriété, elle pourrait prétendre ne pas avoir enfreint l’al. 13(1)a) parce qu’aucun «usage» apparent de l’environnement n’aurait été détérioré ou n’aurait été susceptible de l’être. Par contre, à Kenora, la fumée a envahi des résidences et réduit la visibilité sur des routes adjacentes. Par conséquent, des «usages» humains identifiables ont été gênés par la fumée, d’où la responsabilité de CP sous le régime de l’al. 13(1)a).

Le terme «usage» n’est pas défini dans la LPE. J’estime toutefois que l’interprétation judiciaire de ce qui constitue un «usage» de l’environnement

ronment is easily accomplished. Various interpretive techniques are of assistance. First, as I observed in *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, at pp. 647-48, legislative provisions must not be considered in a vacuum. The content of a provision "is enriched by the rest of the section in which it is found and by the mode of inquiry adopted by courts as they have ruled under it". Thus, it is significant that the expression challenged by CP as being vague (i.e., "for any use that can be made of [the natural environment]") appears in s. 13(1)(a) alongside various other environmental impacts which attract liability. It is apparent from these other enumerated impacts that the release of a contaminant which poses only a trivial or minimal threat to the environment is not prohibited by s. 13(1). Instead, the potential impact of a contaminant must have some significance in order for s. 13(1) to be breached. The contaminant must have the potential to cause injury or damage to property or to plant or animal life (s. 13(1)(b)), cause harm or material discomfort (s. 13(1)(c)), adversely affect health (s. 13(1)(d)), impair safety (s. 13(1)(e)), render property or plant or animal life unfit for use by man (s. 13(1)(f)), cause loss of enjoyment of normal use of property (s. 13(1)(g)), or interfere with the normal conduct of business (s. 13(1)(h)). The choice of terms in s. 13(1) leads me to conclude that polluting conduct is only prohibited if it has the potential to impair a use of the natural environment in a manner which is more than trivial. Therefore, a citizen may not be convicted under s. 13(1)(a) EPA for releasing a contaminant which could have only a minimal impact on a "use" of the natural environment.

Second, interpreting the concept of "use" in s. 13(1)(a) in a restrictive manner is supported not only by its place in the legislative scheme, but also by the principle that a statute should be interpreted to avoid absurd results. Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed.

naturel est facile à faire. Diverses techniques d'interprétation entrent en jeu. En premier lieu, comme je l'ai dit dans *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, aux pp. 647 et 648, il ne faut pas étudier les dispositions législatives dans l'absolu. Le contenu d'une disposition «est enrichi par le reste de l'article dans lequel il est situé et par le mode d'examen retenu par les tribunaux qui l'ont interprété et appliqué». Par conséquent, il est significatif que l'expression qualifiée d'imprécise par CP (à savoir «relativement à tout usage qui peut en être fait [de l'environnement naturel]») figure à l'al. 13(1)a avec diverses autres atteintes à l'environnement entraînant la responsabilité de leurs auteurs. Il ressort de ces autres atteintes énumérées que le rejet d'un contaminant qui ne crée qu'une menace négligeable ou minime pour l'environnement n'est pas prohibé par le par. 13(1). Au contraire, la répercussion potentielle d'un contaminant doit avoir une certaine importance pour qu'il y ait violation du par. 13(1). Le contaminant doit être susceptible de causer du tort ou des dommages à des biens, des végétaux ou des animaux (al. 13(1)b), de causer de la nuisance ou des malaises sensibles (al. 13(1)c), de causer l'altération de la santé (al. 13(1)d), de causer une atteinte à la sécurité (al. 13(1)e), de rendre des biens, des végétaux ou des animaux impropres à l'usage des êtres humains (al. 13(1)f), de causer la perte de jouissance de l'usage normal d'un bien (al. 13(1)g) ou d'entraver la marche normale des affaires (al. 13(1)h)). Le choix des termes figurant au par. 13(1) me porte à conclure que la conduite polluante n'est prohibée que lorsqu'elle est susceptible de détériorer l'usage de l'environnement naturel d'une façon qui est plus que négligeable. Par conséquent, un citoyen peut ne pas être reconnu coupable d'infraction sous le régime de l'al. 13(1)a LPE s'il a rejeté un contaminant qui ne pourrait avoir qu'un effet minime sur un «usage» de l'environnement naturel.

En deuxième lieu, l'interprétation restrictive de la notion d'«usage» figurant à l'al. 13(1)a trouve confirmation non seulement dans son contexte au sein du régime législatif, mais aussi dans le principe selon lequel une loi doit recevoir une interprétation qui évite des résultats absurdes. Dans son

1991), observes at pp. 383-84 that consideration of the consequences of competing interpretations will assist the courts in determining the actual meaning intended by the legislature. Since it may be presumed that the legislature does not intend unjust or inequitable results to flow from its enactments, judicial interpretations should be adopted which avoid such results. One method of avoiding absurdity is through the strict interpretation of general words (at p. 330). *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994) states the relationship between the absurdity principle and strict interpretation as follows, at p. 94: "Absurdity is often relied on to justify giving a restricted application to a provision". Where a provision is open to two or more interpretations, the absurdity principle may be employed to reject interpretations which lead to negative consequences, as such consequences are presumed to have been unintended by the legislature. In particular, because the legislature is presumed not to have intended to attach penal consequences to trivial or minimal violations of a provision, the absurdity principle allows for the narrowing of the scope of the provision. In this respect, the absurdity principle is closely related to the maxim, *de minimis non curat lex* (the law does not concern itself with trifles). The rationale of this doctrine was explained by Sir William Scott in the case of *The "Reward"* (1818), 2 Dods. 265, 165 E.R. 1482, at pp. 269-70 and p. 1484:

The Court is not bound to a strictness at once harsh and pedantic in the application of statutes. The law permits the qualification implied in the ancient maxim *De minimis non curat lex*. — Where there are irregularities of very slight consequence, it does not intend that the infliction of penalties should be inflexibly severe. If the deviation were a mere trifle, which, if continued in practice, would weigh little or nothing on the public interest, it might properly be overlooked.

The absurdity, strict interpretation and *de minimis* principles assist in narrowing the scope of the expression "for any use that can be made of [the natural environment]", and determining the area of risk created by s. 13(1)(a) EPA. Where an accused has released a substance into the natural environ-

ouvrage *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), Pierre-André Côté souligne aux pp. 436 et 437 que l'examen des conséquences d'interprétations contraires aide les tribunaux à déterminer la signification réelle recherchée par le législateur. Comme l'on peut présumer que le législateur ne cherche pas à créer par ses lois des résultats injustes ou inéquitable, il faut adopter les interprétations judiciaires qui permettent d'éviter de tels résultats. L'une des méthodes employées pour éviter l'absurdité consiste à donner une interprétation restrictive aux termes généraux (à la p. 374). Dans *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), on présente ainsi la relation entre le principe de l'absurdité et l'interprétation restrictive, à la p. 94: [TRADUCTION] «On a souvent recours au principe de l'absurdité pour justifier l'application restrictive d'une disposition.» Lorsqu'une disposition se prête à plus d'une interprétation, le principe de l'absurdité peut permettre de rejeter les interprétations qui entraînent des conséquences négatives, puisqu'on peut présumer que le législateur ne visait pas de telles conséquences. De façon plus précise, comme on peut présumer que le législateur ne voulait pas attacher de conséquences pénales à des violations négligeables ou minimales d'une disposition, le principe de l'absurdité permet d'en réduire la portée. À cet égard, le principe de l'absurdité est très proche de l'adage *de minimis non curat lex* (la loi ne se soucie pas des bagatelles). Le fondement de ce principe a été exposé par sir William Scott dans l'affaire *The «Reward»* (1818), 2 Dods. 265, 165 E.R. 1482, aux pp. 269 et 270, et à la p. 1484:

[TRADUCTION] La cour n'est pas tenue à une sévérité à la fois dure et pédantesque dans l'application des lois. La loi permet la qualification qui est implicite dans l'ancien adage *De minimis non curat lex*. — En présence d'irrégularités entraînant de très légères conséquences, elle ne vise pas à infliger des peines inéluctablement sévères. Si l'écart est une vétille qui, advenant qu'elle se poursuive, n'aurait que peu ou pas d'incidence sur l'intérêt public, on pourrait légitimement l'ignorer.

Les principes de l'absurdité, de l'interprétation restrictive et de la règle *de minimis* aident à réduire la portée de l'expression «relativement à tout usage qui peut en être fait [de l'environnement naturel]» et à déterminer la sphère de risque créée par l'al. 13(1)(a) LPE. Lorsqu'un accusé a rejeté une sub-

ment, the legal debate must focus on whether an actual or likely “use” of the “natural environment” has been “impaired” by the release of a “contaminant”. This legal debate is clearly facilitated by the application of generally accepted interpretive principles. In particular, these principles demonstrate that s. 13(1)(a) does not attach penal consequences to trivial or minimal impairments of the natural environment, nor to the impairment of a use of the natural environment which is merely conceivable or imaginable. A degree of significance, consistent with the objective of environmental protection, must be found in relation to both the impairment, and the use which is impaired.

Third, reference may be made to judicial consideration of the term “use” in contexts other than environmental law. On this point, it is worth observing that the “use” concept has been judicially considered and interpreted in a variety of different contexts, examples of which include: “use” of property under the *Income Tax Act* (*Qualico Developments Ltd. v. M.N.R.* (1984), 51 N.R. 387 (F.C.A.)); “use” of a patent (*Galt Art Metal Co. v. Pedlar People Ltd.*, [1935] O.R. 126 (H.C.)); “use” of a motor vehicle (*Elias v. Insurance Corp. of British Columbia* (1992), 95 D.L.R. (4th) 303 (B.C.S.C.), *Watts v. Centennial Insurance Co.* (1967), 62 W.W.R. 175 (B.C.S.C.)); “use” of a place as a common gaming house (*Rockert v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 704); “use” of writing purporting to be an affidavit (*Stevenson v. R.* (1980), 19 C.R. (3d) 74 (Ont. C.A.)); “use” for human habitation (*Conlin v. Prowse* (1993), 109 D.L.R. (4th) 243 (Ont. Ct. (Gen. Div.))).

A review of these cases indicates that courts have generally looked to dictionary definitions of the word “use” as a starting point in the interpretive process. However, the proper legal interpretation of “use” is context- and fact-specific, and this may require a refinement of the definition in a particular circumstance. For example, in *Pickering Twp. v. Godfrey*, [1958] O.R. 429, the Ontario

stance dans l’environnement naturel, le débat judiciaire doit porter sur la question de savoir si un «usage» réel ou vraisemblable de «l’environnement naturel» a été «détérioré» par le rejet d’un «contaminant». Le débat judiciaire est clairement facilité par l’application de principes d’interprétation généralement reconnus. Plus particulièrement, ces principes établissent que l’al. 13(1)a ne rattache pas de sanctions pénales aux dégradations négligeables ou minimales de l’environnement naturel, ni à la dégradation d’un usage de l’environnement naturel qui n’est que concevable ou imaginable. Tant la dégradation que l’usage qui est affecté doivent avoir une certaine importance, compatible avec l’objectif de la protection de l’environnement.

En troisième lieu, le tribunal peut se référer à l’examen judiciaire du terme «usage» dans d’autres contextes que celui du droit de l’environnement. À cet égard, il est utile de noter que le concept de l’«usage» a été examiné et interprété judiciairement dans de multiples contextes, notamment ceux de l’«usage» de biens sous le régime de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (*Qualico Developments Ltd. c. M.N.R.* (1984), 51 N.R. 387 (C.A.F.)), de l’«usage» d’un brevet (*Galt Art Metal Co. c. Pedlar People Ltd.*, [1935] O.R. 126 (H.C.)), de l’«usage» d’un véhicule automobile (*Elias c. Insurance Corp. of British Columbia* (1992), 95 D.L.R. (4th) 303 (C.S.C.-B.), *Watts c. Centennial Insurance Co.* (1967), 62 W.W.R. 175 (C.S.C.-B.)), de l’«usage» d’un local tenu comme maison de jeu (*Rockert c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 704); de l’«usage» d’un écrit censé constituer un affidavit (*Stevenson c. R.* (1980), 19 C.R. (3d) 74 (C.A. Ont.)), et de l’«usage» comme lieu d’habitation (*Conlin c. Prowse* (1993), 109 D.L.R. (4th) 243 (C. Ont. (Div. gén.))).

Un examen de ces décisions montre que les tribunaux se servent généralement des définitions données au mot «usage» dans les dictionnaires comme point de départ du processus d’interprétation. Toutefois, l’interprétation proprement judiciaire du mot «usage» dépend du contexte et des faits, ce qui peut exiger de qualifier davantage la définition dans un cas particulier. Dans l’affaire

Court of Appeal was faced with the issue of whether the digging of a gravel pit, for the purpose of selling gravel, was a “use of land” that could be regulated or prohibited by municipal by-law. The answer depended on the interpretation of the word “use” in s. 390 of *The Municipal Act*, R.S.O. 1950, c. 243. Morden J.A., writing for the court, held as follows at p. 437:

Counsel did not refer to any decisions interpreting the words “use of land” as they appear in s. 390 and I could find none. The dictionary definitions of “use” are numerous and diverse. An examination of them and some authorities, to which I will refer, has led me to the opinion that the word when used in conjunction with such commodities as food and water connotes the idea of consumption, but when applied to more durable forms of property means the employment of the property for enjoyment, revenue or profit without in any way otherwise diminishing or impairing the property itself.

Morden J.A. went on to find that the grant of power under s. 390 to regulate the “use of land” could not be interpreted to allow municipalities to prohibit an owner from selling his land or any part of it. Therefore, a by-law passed under s. 390 could not prevent a land owner from digging and removing gravel or other substances from his land.

68

A similar contextual and fact-sensitive analysis is required in interpreting the expression “for any use that can be made of [the natural environment]”. The kinds of environmental “uses” that can be made of a particular area, and the question of whether the release of a contaminant has impaired these “uses” in a manner which is more than trivial or minimal, will involve certain factual inquiries. The character of the neighbourhood in which the contaminant has been released, the nature of the released contaminant, and the amount released, will all be important factors. The decision of Hackett Prov. Div. J. in *Commander Business*

Pickering Twp. c. Godfrey, [1958] O.R. 429, par exemple, la Cour d’appel de l’Ontario était saisie de la question de savoir si le creusage d’une carrière de gravier, à des fins de vente de gravier, était un [TRADUCTION] «usage de la terre» qui pouvait être réglementé ou interdit par voie de règlement municipal. La réponse dépendait de l’interprétation du mot «usage» à l’art. 390 de *The Municipal Act*, R.S.O. 1950, ch. 243. Dans les motifs qu’il a rédigés au nom de la cour, le juge Morden a conclu de la façon suivante, à la p. 437:

[TRADUCTION] Les avocats n’ont cité aucune décision interprétant les mots «usage de la terre» qui figurent à l’art. 390 et je n’ai pu en trouver aucune. Les définitions que les dictionnaires donnent du mot «usage» sont nombreuses et diverses. Après m’y être référé, de même qu’à certains auteurs que je mentionnerai, j’en suis venu à la conclusion que, lorsqu’il est utilisé relativement à des denrées comme de la nourriture et de l’eau, le mot connote l’idée de consommation, tandis que dans son application à des formes plus durables de biens, il signifie l’emploi du bien pour en jouir, en tirer un revenu ou un profit sans qu’il n’y ait de quelque façon diminution ou dégradation du bien lui-même.

Et le juge Morden de conclure que l’attribution du pouvoir, en vertu de l’art. 390, de réglementer l’«usage de la terre» ne pouvait être interprétée comme si elle habilitait les municipalités à interdire à un propriétaire de vendre la totalité ou une partie de sa terre. Par conséquent, un règlement adopté sous le régime de l’art. 390 ne pouvait empêcher un propriétaire foncier de creuser sa terre et d’en retirer du gravier ou quelque autre substance.

Il faut recourir à une analyse contextuelle et factuelle semblable pour interpréter l’expression «relativement à tout usage qui peut en être fait [de l’environnement naturel]». Les sortes d’«usages» environnementaux que l’on peut faire d’une région particulière, et la question de savoir si le rejet d’un contaminant a détérioré ces «usages» d’une façon qui est plus que négligeable ou minime obligent à procéder à certains examens des faits. Le caractère du voisinage touché par le rejet du contaminant, la nature de ce contaminant et la quantité rejetée constituent tous des facteurs importants. La décision du juge Hackett dans l’affaire *Commander*

Furniture Inc., *supra*, illustrates this kind of factual inquiry. In that case, the defendant company was charged under s. 13(1) EPA (as amended, S.O. 1988, c. 54, s. 10; now s. 14(1), R.S.O. 1990, c. E.19) with emitting “volatile organic compound” emissions which caused a recurrent odour problem in a nearby residential neighbourhood. Hackett Prov. Div. J. heard testimony from six residents concerning the odours. As well, a scientific survey was admitted into evidence, which confirmed the nature and extent of the problem. Hackett Prov. Div. J. considered this evidence, along with the character of the neighbourhood, and reached the following conclusion, at p. 207:

The residential area in question is adjacent to a commercial/industrial strip in which Commander is located. I find that “normal use of property” in this residential area must include the full use of yards and community parks. As set forth earlier, it is clear that these six residents lost the full use of their own yards and community parks. When the odour occurred, many of them described having to go inside or stay indoors. In my view, these are not trivial or inconsequential effects, as argued by the defence. On all of the evidence, including the frequency, nature and duration of these experiences, I conclude that the Crown has proved beyond a reasonable doubt that these residents significantly lost the normal use of property which would be reasonable in such a mixed-use neighbourhood at the relevant time.

Hackett Prov. Div. J. thus determined that a human “use” of property had been impaired, and that this impairment was neither trivial nor inconsequential. Such a factual and legal inquiry is precisely the kind in which courts engage on a daily basis.

Extrinsic materials provide additional assistance in interpreting the term “use” in the environmental context. In particular, I have in mind the 1986 Report of the Experts Group on Environmental Law of the World Commission on Environment and Development (WCED), entitled *Legal Principles for Environmental Protection and Sustainable Development* (U.N. Doc. WCED/86/23/Add. 1 (1986), A/42/427, Annex I). This Report was pre-

Business Furniture Inc., précitée, illustre ce genre d’examen des faits. Dans cette affaire, la société défenderesse était accusée sous le régime du par. 13(1) LPE (modifiée par L.O. 1988, ch. 54, art. 10; maintenant le par. 14(1), L.R.O. 1990, ch. E.19) d’avoir rejeté des [TRADUCTION] «composés organiques volatils» qui ont causé un problème récurrent d’odeur dans une zone résidentielle voisine. Le juge Hackett a entendu les témoignages de six voisins au sujet des odeurs. Une analyse scientifique, qui est venue confirmer la nature et l’étendue du problème, a aussi été admise en preuve. Après avoir examiné la preuve et le caractère du voisinage, le juge Hackett a tiré la conclusion suivante, à la p. 207:

[TRADUCTION] La zone résidentielle en cause est adjacente à une bande commerciale et industrielle où se trouve Commander. Je conclus que l’«usage normal du bien» dans cette zone résidentielle doit comprendre le plein usage des cours et des parcs publics. Il appert, comme cela a déjà été établi, que ces six voisins ont perdu le plein usage de leurs propres cours et des parcs publics. Lorsque les odeurs se sont produites, bon nombre d’entre eux ont dit avoir dû entrer chez eux ou demeurer à l’intérieur. À mon avis, il ne s’agit pas d’effets négligeables ou sans importance, comme le prétend la défenderesse. À la lumière de toute la preuve, notamment en ce qui a trait à la fréquence, à la nature et à la durée de ces expériences, je conclus que le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que ces résidents ont perdu à un degré important, à l’époque pertinente, l’usage qu’ils pourraient raisonnablement avoir de leurs biens dans un tel voisinage mixte.

Le juge Hackett a ainsi déterminé qu’il y avait eu dégradation de l’«usage» humain des biens, et que cette dégradation n’était ni négligeable, ni sans importance. C’est précisément à cette sorte d’examen factuel et juridique que les tribunaux procèdent quotidiennement.

Des sources externes peuvent aussi aider à interpréter le terme «usage» dans le contexte environnemental. J’ai en particulier à l’esprit le Rapport de 1986 du groupe d’experts du droit de l’environnement de la Commission mondiale pour l’environnement et le développement (CMED) intitulé *Principes juridiques proposés pour la protection de l’environnement et un développement durable* (N.U. Doc. CMED/86/23/Add. 1 (1986),

pared by 13 legal experts, who were appointed by the United Nations-mandated WCED. In it, the Experts Group formulated 22 legal principles, which were intended to serve as a guide for the development of domestic environmental protection legislation. For the purposes of the instant case, the most significant principle is Art. 4, which requires states to take measures “aimed at preventing or abating interferences with natural resources or the environment”. In the “Use of Terms” section of their Report, the Experts Group provided the following definition of “environmental interference”:

(f) “environmental interference” means any impairment of human health, living resources, ecosystems, material property, amenities or other legitimate uses of a natural resource or the environment caused, directly or indirectly, by man through polluting substances, ionizing radiation, noise, explosions, vibration or other forms of energy, plants, animals, diseases, flooding, sand-drift or other similar means; [Emphasis added.]

The Experts Group also adopted the following definition of the expression, “use of a natural resource”:

(a) “use of a natural resource” means any human conduct, which, directly or indirectly, takes advantage of the benefits of a natural resource in the form of preservation, exploitation, consumption or otherwise of the natural resource, in so far as it does not result in an environmental interference as defined in Paragraph (f);

In my view, it is significant that 13 experts in environmental law, working under a United Nations mandate, adopted the “use” concept as a legal principle for domestic environmental law, and proceeded to define it in their Report. This is evidence that the term “for any use that can be made of the [natural environment]” is capable of forming the basis for legal debate. Moreover, where a court is considering the application of s. 13(1)(a) EPA in a particular fact situation, it would be entitled to have recourse to the definition of “use” adopted by

A/42/427, annexe I). Ce rapport a été préparé par 13 experts nommés par la CMED pour le compte des Nations Unies. Le groupe d’experts y a formulé 22 principes juridiques, destinés à servir de guide à l’élaboration de lois internes sur la protection de l’environnement. Pour les fins de la présente espèce, le principe le plus important se trouve à l’art. 4, lequel invite les États à prendre des mesures [TRADUCTION] «visant à prévenir ou à réduire les atteintes aux ressources naturelles ou à l’environnement». Dans la section intitulée [TRADUCTION] «Termes utilisés», le groupe d’experts a donné la définition suivante de [TRADUCTION] «atteinte à l’environnement»:

[TRADUCTION]

f) «atteinte à l’environnement» Toute dégradation de la santé humaine, des ressources vivantes, des écosystèmes, des biens matériels, des équipements collectifs ou des autres usages légitimes d’une ressource naturelle ou de l’environnement causée, directement ou indirectement, par l’homme au moyen de substances polluantes, de radiations ionisantes, de bruits, d’explosions, de vibrations ou de toute autre forme d’énergie, de plantes, d’animaux, de maladies, d’inondations, d’ensablements ou d’autres moyens semblables; [Je souligne.]

Le groupe d’experts a aussi adopté la définition suivante de l’expression [TRADUCTION] «usage d’une ressource naturelle»:

[TRADUCTION]

a) «usage d’une ressource naturelle» Toute conduite humaine qui, directement ou indirectement, tire profit des avantages d’une ressource naturelle par la préservation, l’exploitation ou la consommation de cette ressource naturelle ou autrement, pourvu que cela n’entraîne pas une atteinte à l’environnement au sens de l’alinéa f);

À mon avis, il est intéressant que 13 experts en droit de l’environnement, travaillant dans le cadre d’un mandat des Nations Unies, aient adopté la notion d’«usage» comme principe juridique pour le droit interne de l’environnement et aient entrepris de le définir dans leur rapport. Cela prouve que l’expression «relativement à tout usage qui peut en être fait [de l’environnement naturel]» peut constituer un fondement pour un débat judiciaire. En outre, lorsqu’un tribunal est chargé d’établir si l’al. 13(1)(a) LPE est applicable à une situation factuelle

the Experts Group, since this definition has important persuasive value.

Thus, after taking into account interpretive principles and aids which narrow and define the scope of the term “use” in the environmental context, I see no reason to believe that the “use” concept in s. 13(1)(a) poses any greater interpretive challenge to the judiciary than it does in other contexts. Therefore, I conclude that the scope of s. 13(1)(a) EPA is reasonably delineated, and that legal debate can occur as to the application of the provision in a specific fact situation. This is all that s. 7 of the *Charter* requires.

(4) *The Role of “Reasonable Hypotheticals” in Section 7 Vagueness Analysis*

In the instant case, Daub J.P., Fraser J. and the Ontario Court of Appeal all concluded that CP could not rely on hypotheticals involving third parties to demonstrate the vagueness of s. 13(1)(a) EPA. In reaching this conclusion, the lower courts relied on the ruling of the United States Supreme Court in *Hoffman Estates, supra*, in which the court held, at p. 495, that “[a] plaintiff who engages in some conduct that is clearly proscribed cannot complain of the vagueness of the law as applied to the conduct of others.” Prior to the instant case, this position had been adopted by the Ontario Court of Appeal in *Morgentaler, supra, R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129, and *R. v. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163.

Like the lower courts, I have no difficulty in concluding that CP’s conduct in Kenora on April 6 and 11, 1988 fell squarely within the pollution prohibition contained in s. 13(1)(a) EPA. CP emitted noxious smoke which contaminated the natural environment, and which interfered with its use by several home owners and drivers in a manner which was more than trivial or minimal. In fact, I do not understand CP’s argument to be that s.

particulière, il peut recourir à la définition du terme «usage» adoptée par le groupe d’experts puisque cette définition a une importante valeur de persuasion.

Par conséquent, après avoir tenu compte des principes et des moyens d’interprétation qui limitent et définissent la portée du terme «usage» dans le contexte de l’environnement, je ne puis voir pourquoi la notion d’«usage» exprimée à l’al. 13(1)a poserait aux juges un problème d’interprétation plus grand que dans d’autres contextes. Je conclus donc que la portée de l’al. 13(1)a LPE est raisonnablement délimitée et qu’il peut y avoir un débat judiciaire sur l’application de cette disposition à une situation factuelle particulière. C’est là tout ce qu’exige l’art. 7 de la *Charte*.

(4) *Le rôle des «hypothèses raisonnables» dans une analyse de l’imprécision au regard de l’art. 7*

En l’espèce, le juge Daub, le juge Fraser et les juges de la Cour d’appel de l’Ontario ont tous conclu que CP ne pouvait se fonder sur des hypothèses mettant en jeu des tiers pour démontrer l’imprécision de l’al. 13(1)a LPE. Pour arriver à cette conclusion, les tribunaux d’instance inférieure se sont fondés sur l’arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Hoffman Estates*, précité, où la cour a conclu, à la p. 495, que [TRADUCTION] «[l]e demandeur qui s’engage dans une conduite qui est clairement prohibée ne peut se plaindre de l’imprécision de la loi telle qu’elle s’applique à la conduite d’autrui». Avant la présente affaire, cette position avait été adoptée par la Cour d’appel de l’Ontario dans les arrêts *Morgentaler*, précité, *R. c. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129, et *R. c. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163.

À l’instar des tribunaux d’instance inférieure, je n’ai aucune difficulté à conclure que la conduite de CP à Kenora, les 6 et 11 avril 1988, était clairement visée par l’interdiction de polluer prévue à l’al. 13(1)a LPE. CP a rejeté de la fumée nocive qui a contaminé l’environnement naturel et qui a nui à son usage par plusieurs propriétaires et conducteurs d’une façon qui était plus que négligeable ou minime. En fait, selon moi, l’argument de CP

70

71

72

13(1)(a) is vague in relation to the conduct which gave rise to the charges in the instant case. CP argues instead that the expression “for any use that can be made of [the natural environment]” is vague because it is not qualified as to time, degree, space or user, and thus fails to delineate clearly an “area of risk” for citizens generally.

73 CP is advancing an argument based on peripheral vagueness, which arises where a statute applies without question to a core of conduct, but applies with uncertainty to other activities. CP’s conduct fell within the core of polluting activity prohibited by s. 13(1)(a), yet CP is relying on hypothetical fact situations which fall at the “periphery” of s. 13(1)(a), and to which it is uncertain whether liability attaches. I would note that the core-periphery problem is encountered in relation to virtually every legislative provision, and is an inevitable result of the imprecision of human language. This point was raised in *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, at p. 639:

Language is not the exact tool some may think it is. It cannot be argued that an enactment can and must provide enough guidance to predict the legal consequences of any given course of conduct in advance. All it can do is enunciate some boundaries, which create an area of risk. But it is inherent to our legal system that some conduct will fall along the boundaries of the area of risk; no definite prediction can then be made.

The role of the courts, then, is to interpret and clarify the language of an enactment, and thereby determine the area of risk.

74 The question then becomes whether CP’s s. 7 challenge must necessarily fail because its polluting activity in Kenora on April 6 and 11, 1988 fell within the “core” of conduct prohibited by s. 13(1)(a) EPA. If I were to agree with the position of the United States Supreme Court in *Hoffman*

ne fait pas valoir que l’al. 13(1)a est imprécis à l’égard de la conduite qui a donné lieu aux accusations en l’espèce. CP prétend plutôt que l’expression «relativement à tout usage qui peut en être fait [de l’environnement naturel]» est imprécise parce qu’elle n’est pas définie pour ce qui est du temps, du degré, de l’espace et de l’utilisateur et que, partant, elle ne délimite pas clairement une «sphère de risque» pour les citoyens en général.

CP présente un argument fondé sur l’imprécision périphérique, qui se produit lorsqu’une loi s’applique incontestablement au noyau d’une conduite, mais aussi, de façon incertaine, à d’autres activités. La conduite de CP faisait partie du noyau de l’activité polluante interdite par l’al. 13(1)a, et pourtant CP se fonde sur des situations de fait hypothétiques qui se trouvent en «périphérie» de l’al. 13(1)a où il n’est pas certain qu’elles entraînent une quelconque responsabilité. Je tiens à signaler que le problème du discernement entre le noyau et la périphérie se pose à l’égard de pratiquement toute disposition législative et qu’il est le résultat inévitable de l’imprécision du langage humain. Ce point a été mentionné dans l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, à la p. 639:

Le langage n’est pas l’instrument exact que d’aucuns pensent qu’il est. On ne peut pas soutenir qu’un texte de loi peut et doit fournir suffisamment d’indications pour qu’il soit possible de prédire les conséquences juridiques d’une conduite donnée. Tout ce qu’il peut faire, c’est énoncer certaines limites, qui tracent le contour d’une sphère de risque. Mais c’est une caractéristique inhérente de notre système juridique que certains actes seront aux limites de la ligne de démarcation de la sphère de risque; il est alors impossible de prédire avec certitude.

Les tribunaux ont donc pour rôle d’interpréter et de clarifier le langage d’une disposition législative et, partant, de déterminer la sphère de risque.

Il s’agit alors de déterminer si la contestation engagée par CP sous le régime de l’art. 7 doit nécessairement être rejetée parce que l’activité polluante de cette dernière à Kenora, les 6 et 11 avril 1988, se situait dans le «noyau» de la conduite prohibée par l’al. 13(1)a LPE. Si j’étais d’accord

Estates, supra, as adopted by the Ontario Court of Appeal, then I would reject CP's attempt to stray beyond its own fact situation in the instant case.

It may be trite, but nevertheless worth repeating, that while American rights jurisprudence can be of assistance in interpreting provisions of the *Charter*, Canadian courts should not simply import American constitutional principles into our law. What may be appropriate in the American constitutional setting may be unacceptable, or even unworkable, in the unique Canadian milieu. For this reason, the *Hoffman Estates* principle must be approached with considerable caution.

A review of American constitutional jurisprudence on the subject of the use of reasonable hypotheticals indicates that the issue has been approached as one of standing. Christina L. Jadach, "Pre-enforcement Constitutional Challenges to Legislation after *Hoffman Estates*: Limiting the Vagueness and Overbreadth Doctrines" (1983), 20 *Harv. J. on Legis.* 617, explained the standing rationale, at p. 620:

Generally courts evaluate a statute by considering whether the provision impairs the rights of the complaining party in light of the attending circumstances. This traditional standing rule prohibits petitioners from invoking rights of third parties in individual claims.

In the predecessor case to *Hoffman Estates*, *Parker v. Levy*, 417 U.S. 733 (1974), the United States Supreme Court confirmed that an appellant who is alleging unconstitutional vagueness cannot rely on hypothetical fact situations, and at pp. 755-56, supported this conclusion by reference to the traditional American approach to standing in constitutional claims. In fact, resort to hypothetical fact situations is only possible in the area of overbreadth claims under the First Amendment. This narrow exception is justified because of the historical pre-eminence of free speech in American constitutional law, and particularly because of the con-

avec la position de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Hoffman Estates*, précité, telle qu'elle a été adoptée par la Cour d'appel de l'Ontario, je rejetterais la tentative de CP de s'écarter de sa propre situation factuelle en l'espèce.

Bien que ce soit un lieu commun, il importe néanmoins de répéter que même si la jurisprudence américaine en matière de droits peut parfois aider à interpréter des dispositions de la *Charte*, les tribunaux canadiens ne devraient pas importer tout simplement les principes constitutionnels américains dans notre droit. Ce qui est approprié dans le cadre constitutionnel américain peut fort bien être inacceptable, voire impraticable, dans le milieu unique propre au Canada. Voilà pourquoi le principe énoncé dans l'arrêt *Hoffman Estates* doit être abordé avec beaucoup de prudence.

Une revue de la jurisprudence constitutionnelle américaine sur le sujet du recours à des hypothèses raisonnables montre que cette question relève de la qualité pour agir. Dans son article intitulé «Pre-enforcement Constitutional Challenges to Legislation after *Hoffman Estates*: Limiting the Vagueness and Overbreadth Doctrines» (1983), 20 *Harv. J. on Legis.* 617, Christina L. Jadach explique comment se justifie cette attitude à l'égard de la qualité pour agir, à la p. 620:

[TRADUCTION] En général, les tribunaux évaluent une loi en se demandant si la disposition porte atteinte aux droits de la partie plaignante eu égard aux circonstances de l'espèce. Cette règle traditionnelle de la qualité pour agir empêche les requérants d'invoquer les droits de tiers dans des réclamations personnelles.

Dans un arrêt antérieur à l'arrêt *Hoffman Estates*, savoir *Parker c. Levy*, 417 U.S. 733 (1974), la Cour suprême des États-Unis avait confirmé qu'un appellant qui invoque l'imprécision inconstitutionnelle ne peut se fonder sur des situations factuelles hypothétiques et avait appuyé cette conclusion, aux pp. 755 et 756, en se référant au point de vue américain traditionnel à l'égard de la qualité pour agir dans des affaires constitutionnelles. En fait, les situations factuelles hypothétiques ne peuvent être invoquées que dans des affaires fondées sur une portée excessive au regard du Premier amendement. Cette exception restreinte s'explique par la

75

76

cern that an overly broad limitation on speech will result in the "chilling" of legitimate and valuable expression: *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940).

77 The traditional hostility of the American courts to the use of hypothetical fact scenarios in constitutional adjudication has not been shared by this Court. In *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, and *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, this Court approved the use of reasonable hypotheses in assessing legislation under s. 12 of the *Charter*. Moreover, in *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, Cory J. held that a court could have resort to reasonable fact scenarios other than that of the particular appellant where overbreadth is alleged under s. 7.

78 In light of the different approach taken by this Court in relation to constitutional standing (a matter elaborated upon by Chief Justice Lamer in his concurring reasons), I cannot adopt the rationale underlying the *Hoffman Estates* principle. Nevertheless, I take the view that reasonable hypotheticals have no place in the vagueness analysis under s. 7.

79 Where a court is faced with a vagueness challenge under s. 7, the focus of the analysis is on the terms of the impugned law. The court must determine whether the law provides the basis for legal debate and coherent judicial interpretation. As I stated above, the first task of the court is to develop the full interpretive context surrounding the law, since vagueness should only be assessed after the court has exhausted its interpretive function. If judicial interpretation is possible, then an impugned law is not vague. A law should only be declared unconstitutionally vague where a court has embarked upon the interpretive process, but has concluded that interpretation is not possible. In a situation, such as the instant case, where a court has interpreted a legislative provision, and then has determined that the challenging party's own fact

prééminence de la liberté de parole en droit constitutionnel américain, tout particulièrement par la crainte qu'une restriction trop générale de la liberté d'expression ne «refroidisse» l'expression légitime et valable: *Thornhill c. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940).

L'hostilité traditionnelle des tribunaux américains à l'endroit du recours à des situations factuelles hypothétiques dans les affaires constitutionnelles n'est pas partagée par notre Cour. Dans *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, et *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, notre Cour a approuvé le recours à des hypothèses raisonnables pour permettre l'examen de dispositions législatives au regard de l'art. 12 de la *Charte*. En outre, dans *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, le juge Cory a conclu qu'un tribunal pouvait recourir à des situations factuelles raisonnables autres que celle qui est propre à l'appelant dans des affaires où l'on invoque la portée excessive au regard de l'art. 7.

Compte tenu de la démarche différente adoptée par notre Cour à l'égard du pouvoir d'agir en matière constitutionnelle (question examinée en détail par le juge en chef Lamer dans ses motifs concordants), je ne puis adopter la justification à la base du principe énoncé dans *Hoffman Estates*. Je conclus toutefois que les hypothèses raisonnables n'ont pas leur place dans une analyse de l'imprécision au regard de l'art. 7.

Lorsqu'un tribunal est saisi d'une prétention d'imprécision fondée sur l'art. 7, l'analyse doit porter sur les termes de la loi attaquée. Le tribunal doit déterminer si la loi fournit un fondement pour un débat judiciaire et une interprétation judiciaire cohérente. Comme je l'ai déjà dit, le tribunal a pour premier rôle de déterminer le contexte interprétatif intégral qui entoure la loi, puisque l'imprécision ne peut être établie qu'une fois que le tribunal épuise les possibilités se rattachant à sa fonction d'interprétation. S'il est possible de procéder à une interprétation judiciaire, alors la loi attaquée n'est pas imprécise. Une loi ne peut être déclarée d'une imprécision inconstitutionnelle que lorsque le tribunal, après avoir épuisé le processus, conclut qu'il est impossible d'en dégager une interprétation. Dans un cas comme la présente

situation falls squarely within the scope of the provision, then that provision is obviously not vague. There is no need to consider hypothetical fact situations, since it is clear that the law provides the basis for legal debate and thereby satisfies the requirements of s. 7 of the *Charter*.

The analysis of overbreadth under s. 7, and of cruel and unusual treatment or punishment under s. 12, are quite different from vagueness analysis. Where a party alleges that a law is overbroad, or that punishment is cruel and unusual, a court must engage in proportionality analysis. In *Goltz, supra*, for example, I discussed the test for determining violations of s. 12 of the *Charter*, and stated, at p. 498, "that a sentence which is grossly or excessively disproportionate to the wrongdoing would infringe s. 12". Cory J. asserted a similar proportionality test in *Heywood, supra*, at p. 793: "The effect of overbreadth is that in some applications the law is arbitrary or disproportionate".

Proportionality analysis involves an assessment of whether a law, the terms of which are not vague, applies in a proportionate manner to a particular fact situation. Inevitably, courts will be required to compare the law with the facts. In that situation, the use of reasonable hypotheticals will be of assistance, and may be unavoidable (*Goltz, supra*, at p. 515).

In the context of vagueness, proportionality plays no role in the analysis. There is no need to compare the purpose of the law with its effects (as in overbreadth), or to compare the punishment with the wrongdoing (as with cruel and unusual punishment). A court is required to perform its interpretive function, in order to determine whether an impugned provision provides the basis for legal debate. Given this, I see no role for the

espèce, où un tribunal a interprété une disposition législative, puis déterminé que la situation factuelle propre à la partie opposante tombe précisément sous le coup de cette disposition, celle-ci n'est manifestement pas imprécise. Il n'est pas nécessaire d'examiner des situations factuelles hypothétiques puisqu'il appert clairement que la loi fournit un fondement pour un débat judiciaire et satisfait ainsi aux exigences de l'art. 7 de la *Charte*.

L'analyse de la portée excessive au regard de l'art. 7 et celle des traitements ou peines cruels et inusités au regard de l'art. 12 sont très différentes de l'analyse de l'imprécision. Lorsqu'une partie prétend qu'une loi a une portée excessive ou qu'une peine est cruelle et inusitée, le tribunal doit procéder à une analyse de la proportionnalité. Dans *Goltz*, précité, par exemple, j'ai examiné le critère permettant d'établir les violations de l'art. 12 de la *Charte* et dit, à la p. 498, qu'«une peine qui est exagérément ou excessivement disproportionnée à l'infraction va à l'encontre de l'art. 12». Le juge Cory a énoncé un critère de proportionnalité semblable dans *Heywood*, précité, à la p. 793: «Lorsqu'une loi a une portée excessive, il s'ensuit qu'elle est arbitraire ou disproportionnée dans certaines de ses applications.»

L'analyse de la proportionnalité suppose un examen qui permette de déterminer si une loi, dont les termes ne sont pas imprécis, s'applique de façon proportionnée à une situation factuelle donnée. Les tribunaux seront inévitablement obligés de comparer le droit et les faits. En pareil cas, non seulement le recours à des hypothèses raisonnables sera utile, mais il pourrait même être inévitable (*Goltz*, précité, à la p. 515).

Dans le contexte de l'imprécision, le facteur de la proportionnalité n'a aucun rôle à jouer dans l'analyse. Il n'est pas nécessaire de comparer l'objet de la loi à ses effets (comme ce serait le cas pour la portée excessive), ni de comparer la peine au méfait (comme dans le cas d'une peine cruelle et inusitée). Le tribunal doit s'acquitter de sa fonction d'interprétation afin de déterminer si la disposition attaquée fournit un fondement pour un débat

80

81

82

consideration of reasonable hypotheticals in vagueness analysis.

(5) *The Overbreadth Claim*

83 Having dispensed with CP's vagueness claim, it is now necessary to turn to the issue of overbreadth. In its submissions, CP argued in part that s. 13(1)(a) EPA is vague because it is overbroad. In light of my reasons above, however, I think that this submission must fail.

84 Environmental protection is a legitimate concern of government, and as I have already observed, it is a very broad subject matter which does not lend itself to precise codification. Where the legislature is pursuing the objective of environmental protection, it is justified in choosing equally broad legislative language in order to provide for a necessary degree of flexibility. Certainly, s. 13(1)(a) captures a broad range of polluting conduct. However, my reasons in relation to the vagueness claim illustrate that the provision does not capture pollution with only a trivial or minimal impact on a use of the natural environment. Moreover, the "use" condition limits the application of s. 13(1)(a) by requiring the Crown to establish not only that a polluting substance has been released, but also that an actual or likely use of the environment, which itself has some significance, has been impaired by the release. Speculative or purely imaginary uses of the environment are not captured by the provision. These limits on the application of s. 13(1)(a) prevent it from being deployed in situations where the objective of environmental protection is not implicated. In my view, then, the breadth of s. 13(1)(a) matches the breadth of the objective of environmental protection. There is no overbreadth.

85 In his concurring reasons, Lamer C.J. has concluded that the literal interpretation of s. 13(1)(a) results in overbreadth, since the provision applies on its face to "any conceivable use" of the environment. He then applies the presumption of constitu-

judiciaire. Je ne vois par conséquent aucun rôle pour l'examen d'hypothèses raisonnables dans une analyse de l'imprécision.

(5) *La prétention de portée excessive*

Après le rejet de la prétention d'imprécision de CP, il faut maintenant aborder la question de la portée excessive. Dans ses prétentions, CP a fait valoir en partie que l'al. 13(1)a) LPE est imprécis parce qu'il a une portée excessive. Cependant, compte tenu des motifs qui précèdent, je suis d'avis que ce moyen doit échouer.

La protection de l'environnement constitue une préoccupation légitime du gouvernement et, comme je l'ai déjà mentionné, il s'agit d'un sujet très vaste qui ne se prête pas aisément à une codification précise. Lorsque le législateur poursuit l'objectif de la protection de l'environnement, il a le droit de choisir un langage législatif tout aussi général afin de permettre un degré de souplesse nécessaire. L'alinéa 13(1)a) englobe certainement une vaste gamme de conduites polluantes. Cependant, comme mes motifs relativement à la prétention d'imprécision l'illustrent, cette disposition n'inclut pas la pollution qui n'a qu'une incidence négligeable ou minime sur l'usage de l'environnement naturel. Par ailleurs, l'exigence d'un «usage» limite l'application de l'al. 13(1)a) en imposant au ministère public qu'il établisse non seulement qu'une substance polluante a été rejetée, mais aussi qu'un usage réel ou vraisemblable de l'environnement, ce qui en soi a une certaine importance, a été détérioré par ce rejet. La disposition n'englobe pas les usages hypothétiques ou purement imaginaires de l'environnement. Ces restrictions empêchent le recours à l'al. 13(1)a) dans des situations où l'objectif de la protection de l'environnement n'est pas en jeu. Par conséquent, l'ampleur de l'al. 13(1)a) correspond, selon moi, à celle de l'objectif de la protection de l'environnement. Il n'y a pas de portée excessive.

Dans ses motifs concordants, le juge en chef Lamer a conclu que l'al. 13(1)a), interprété littéralement, a une portée excessive puisque cette disposition s'applique à première vue à «tout usage concevable» de l'environnement. Il applique ensuite la

tionality for the purpose of limiting the scope of s. 13(1)(a). With respect, I cannot agree that the term “use” has a plain and literal meaning in the context of environmental protection. The term is open to interpretation, and I prefer a construction which avoids the kinds of absurd applications of s. 13(1)(a) which are identified by Lamer C.J. In my view, the first step in the overbreadth analysis requires a court to exhaust its interpretive function. Only then can overbreadth be assessed. In the instant case, having interpreted s. 13(1)(a) (and in particular, the terms “use” and “impairment”), I have concluded that the appellant’s overbreadth claim must fail.

Before concluding, I wish to add a caveat to my overbreadth analysis. My reasons should not be taken to endorse the view that the independent principle of overbreadth, as outlined in *Heywood*, *supra*, is available to the appellant in the circumstances of this case. My point is simply that s. 13(1)(a) is clearly not overbroad. Since neither CP nor the respondent were aware of this Court’s decision in *Heywood*, the matter was not argued. I therefore prefer to defer consideration of the *Heywood* principle to a future case, where it is actually necessary to the result.

VI — Conclusion

I agree with the courts below that s. 13(1)(a) EPA, and specifically the expression “for any use that can be made of [the natural environment]”, are not unconstitutionally vague or overbroad. Section 13(1)(a) is sufficiently precise to provide for a meaningful legal debate, when the provision is considered in light of the purpose and subject matter of the EPA, the nature of the provision as a regulatory offence, the societal value of environmental protection, related provisions of the EPA, and general interpretive principles. Section 13(1)(a) is also proportionate and not overbroad. The objective of environmental protection is itself broad, and

présomption de constitutionnalité dans le but de restreindre la portée de l’al. 13(1)a). Avec égards, je ne suis pas d’accord pour dire que le terme «usage» a un sens ordinaire et littéral dans le contexte de la protection de l’environnement. Ce terme peut être interprété et je préfère une interprétation qui évite les types d’applications absurdes de l’al. 13(1)a) dont parle le juge en chef Lamer. À mon avis, la première étape d’une analyse de la portée excessive exige qu’un tribunal épuise les possibilités se rattachant à sa fonction d’interprétation. Ce n’est que par la suite que la portée excessive peut être évaluée. En l’espèce, me fondant sur mon interprétation de l’al. 13(1)a) (tout particulièrement des termes «usage» et «dégradation»), j’ai conclu que l’appelante ne peut avoir gain de cause relativement à son argument invoquant la portée excessive.

Avant de conclure, je tiens à ajouter une mise en garde à mon analyse de la portée excessive. Je ne voudrais pas que l’on interprète mes motifs comme reconnaissant que l’appelante peut, dans les circonstances de l’espèce, invoquer le critère autonome de portée excessive, esquissé dans l’arrêt *Heywood*, précité. J’estime tout simplement que l’al. 13(1)a) n’a de toute évidence aucune portée excessive. Puisque ni CP ni l’intimée n’étaient au courant de la décision de notre Cour dans *Heywood*, la question n’a pas été débattue. En conséquence, je préfère reporter l’examen du principe formulé dans l’arrêt *Heywood* lorsque la solution d’un litige l’exigera.

VI. Conclusion

Je suis d’accord avec les tribunaux d’instance inférieure pour conclure que l’al. 13(1)a) LPE et tout particulièrement l’expression «relativement à tout usage qui peut en être fait [de l’environnement naturel]» ne sont pas au sens constitutionnel imprécis ni de portée excessive. L’alinéa 13(1)a) est suffisamment précis pour permettre un débat judiciaire significatif lorsque cette disposition est examinée en fonction de l’objectif et du contenu de la LPE, de la nature réglementaire de l’infraction prévue par cette disposition, de la valeur sociale de la protection de l’environnement, des dispositions connexes de la LPE et des principes généraux d’in-

the legislature is justified in choosing broad, flexible language to give effect to this objective. I would therefore dismiss the appeal and answer the second and third constitutional questions as follows:

2. Is s. 13(1)(a) of the *Environmental Protection Act* so vague as to infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. No.

3. If the answer to Question 2 is in the affirmative, is s. 13(1)(a) nevertheless justified by s. 1 of the *Charter*?

A. This question does not arise.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Canadian Pacific Legal Services, Montreal.

Solicitors for the respondent: The Ministry of the Attorney General and the Ministry of Environment and Energy, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Solicitor for the intervener Canadian Environmental Law Association: Canadian Environmental Law Association, Toronto.

interprétation. En outre, l'al. 13(1)a) est proportionnel et il n'a pas une portée excessive. L'objectif de la protection de l'environnement est lui-même vaste, et le législateur est fondé à choisir une formulation générale et souple pour assurer la réalisation de cet objectif. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi et de donner les réponses suivantes aux deuxième et troisième questions constitutionnelles:

2. L'alinéa 13(1)a) de la *Loi sur la protection de l'environnement* est-il vague au point de contrevenir à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Non.

3. Si la réponse à la deuxième question est affirmative, l'al. 13(1)a) est-il néanmoins justifié par l'article premier de la *Charte*?

R. La question ne se pose pas.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Services juridiques du Canadien Pacifique, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Le ministère du Procureur général et le ministère de l'Environnement et de l'Énergie, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne du droit de l'environnement: L'Association canadienne du droit de l'environnement, Toronto.



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

En case 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, 1995 Vol. 2

7^e cahier, 1995 Vol. 2

and Tables

et Tables

Cited as [1995] 2 S.C.R. { i-xliv
1095-1230

Renvoi [1995] 2 R.C.S. { i-xliv
1095-1230

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
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1995.

CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges.....	ii
Errata.....	iv
Motions.....	v
Table of Judgments.....	xi
Table of Cases Cited.....	xix
Statutes and Regulations Cited.....	xxxiii
Authors Cited.....	xxxvii
Index.....	1219

Cie minière Québec Cartier v. Québec (Grievances arbitrator)..... 1095

Labour law — Labour relations — Arbitrator — Jurisdiction — Employee dismissed for absences due to alcoholism — Employee's successful alcohol treatment undergone after dis-

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

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1995.

SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xv
Table de la jurisprudence.....	xix
Lois et règlements cités.....	xxxv
Doctrine citée.....	xxxvii
Index.....	1225

Cie minière Québec Cartier c. Québec (arbitre des griefs)..... 1095

Droit du travail — Relations de travail — Arbitre — Compétence — Employé congédié pour cause d'absentéisme dû à l'alcoolisme — Arbitre annulant le congédiement en s'ap-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

missal relied upon by arbitrator to annul dismissal — Whether arbitrator could in ruling on dismissal grievance consider evidence concerning events which occurred after employer's decision to dismiss employee.

Hill v. Church of Scientology of Toronto..... 1130

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Libel and slander — Church of Scientology commencing criminal contempt proceedings against Crown attorney — Church's counsel and representatives holding press conference on courthouse steps — Counsel reading from and commenting on allegations in contempt motion — Contempt allegations subsequently found to be untrue — Crown attorney bringing action for damages in libel — Whether Crown attorney's action for damages "government action" — Whether Charter applies — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32(1).

Libel and slander — Common law of defamation — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether common law of defamation complies with values underlying Charter — Whether "actual malice" rule should be adopted.

Libel and slander — Defences — Qualified privilege — Church of Scientology commencing criminal contempt proceedings against Crown attorney — Church's counsel and representatives holding press conference on courthouse steps — Counsel reading from and commenting on allegations in contempt motion — Contempt allegations subsequently found to be untrue — Crown attorney bringing action for damages in libel — Whether defence of qualified privilege available.

Libel and slander — Damages — General damages — Aggravated damages — Punitive damages — Church of Scientology commencing criminal contempt proceedings against Crown attorney — Church's counsel and representatives holding press conference on courthouse steps — Counsel reading from and commenting on allegations in contempt motion — Contempt allegations subsequently found to be untrue — Crown attorney bringing action for damages in libel — Counsel and Church found jointly liable for general damages — Church found liable for aggravated and punitive damages — Whether cap should be imposed on general damages in defamation cases — Whether damage awards should stand.

R. v. Chaisson 1118

Criminal law — Sentencing — Trial judge ordering half of sentence to be served before parole eligibility — Whether or not order subject to review by Court of Appeal — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 673, 674, 675(1)(b), 741.2.

R. v. Collins; R. v. Pelfrey..... 1104

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Accused held in custody for twenty-two months pending trial — Five- to ten-month delay attributable

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

puant sur la réussite de la cure de désintoxication suivie par l'employé après avoir été congédié — L'arbitre qui statue sur un grief relatif au congédiement d'un employé peut-il considérer la preuve d'événements survenus après le congédiement?

Hill c. Église de scientologie de Toronto 1130

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Libelle et diffamation — L'Église de scientologie institue une procédure pour outrage au criminel contre un substitut du procureur général — L'avocat et des représentants de l'Église tiennent une conférence de presse devant le palais de justice — L'avocat lit et commente des allégations contenues dans la requête pour outrage — Les allégations d'outrage se révèlent fausses par la suite — Le substitut du procureur général intente une action en dommages-intérêts pour libelle — L'action du substitut du procureur général en dommages-intérêts est-elle une «action gouvernementale»? — La Charte s'applique-t-elle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32(1).

Libelle et diffamation — Common law de la diffamation — Charte canadienne des droits et libertés — La common law de la diffamation est-elle conforme aux valeurs de la Charte? — Faut-il adopter la règle de la «malveillance véritable»?

Libelle et diffamation — Moyens de défense — Immunité relative — L'Église de scientologie institue une procédure pour outrage au criminel contre un substitut du procureur général — L'avocat et des représentants de l'Église tiennent une conférence de presse devant le palais de justice — L'avocat lit et commente des allégations contenues dans la requête pour outrage — Les allégations d'outrage se révèlent fausses par la suite — Le substitut du procureur général intente une action en dommages-intérêts pour libelle — La défense de l'immunité relative peut-elle être invoquée?

Libelle et diffamation — Dommages-intérêts — Dommages-intérêts généraux — Dommages-intérêts majorés — Dommages-intérêts punitifs — L'Église de scientologie institue une procédure pour outrage au criminel contre un substitut du procureur général — L'avocat et des représentants de l'Église tiennent une conférence de presse devant le palais de justice — L'avocat lit et commente des allégations contenues dans la requête pour outrage — Les allégations d'outrage se révèlent fausses par la suite — Le substitut du procureur général intente une action en dommages-intérêts pour libelle — L'avocat et l'Église sont condamnés solidairement à des dommages-intérêts généraux — L'Église est condamnée à des dommages-intérêts majorés et punitifs — Faut-il imposer un plafond aux dommages-intérêts généraux dans les affaires de diffamation? — Les montants adjugés à titre de dommages-intérêts doivent-ils être maintenus?

R. c. Chaisson 1118

Droit criminel — Détermination de la peine — Ordonnance du juge du procès statuant que la moitié de la peine soit purgée

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

to Crown — Whether accused's right to be tried within reasonable time infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

SOMMAIRE (Fin)

avant l'admissibilité à une libération conditionnelle — L'ordonnance était-elle susceptible de révision par la Cour d'appel — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 673, 674, 675(1)b, 741.2.

R. c. Collins; R. c. Pelfrey..... 1104

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Accusés détenus pendant vingt-deux mois en attendant leur procès — Délai de cinq à dix mois attribuable au ministère public — Y a-t-il eu atteinte au droit des accusés d'être jugés dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

ERRATA

- [1990] 3 S.C.R. p. 262, line *b-4* of the French version.
Read "n'est pas le fruit du hasard" instead of "n'est le fruit du hasard".
- [1991] 3 S.C.R. p. 226, line *d-1* of the French version.
Read "qu'il aurait dans un contexte criminel proprement dit." instead of "qu'ils auraient dans un contexte criminel à proprement dit."
- [1993] 3 S.C.R. p. 513, line *c-3* of the French version.
Read "méfaits publics" instead of "méfaits public".
- [1995] 2 S.C.R. p. 58, running head. Read "L'Heureux-Dubé J." instead of "Gonthier J."
- [1990] 3 R.C.S. p. 262, ligne *b-4* de la version française.
Lire «n'est pas le fruit du hasard» au lieu de «n'est le fruit du hasard».
- [1991] 3 R.C.S. p. 226, ligne *d-1* de la version française.
Lire «qu'il aurait dans un contexte criminel proprement dit.» au lieu de «qu'ils auraient dans un contexte criminel à proprement dit.»
- [1993] 3 R.C.S. p. 513, ligne *c-3* de la version française.
Lire «méfaits publics» au lieu de «méfaits public».
- [1995] 2 R.C.S. p. 58, titre courant. Lire «L'Heureux-Dubé J.» au lieu de «Gonthier J.»



1995 Volume 2

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
Ingrid Loyola-Nazareth

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

Arrétistes
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
Ingrid Loyola-Nazareth

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable GÉRARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

ERRATA

- [1990] 3 S.C.R. p. 262, line *b-4* of the French version.
Read "n'est pas le fruit du hasard" instead of "n'est le fruit du hasard".
- [1991] 3 S.C.R. p. 226, line *d-1* of the French version.
Read "qu'il aurait dans un contexte criminel proprement dit." instead of "qu'ils auraient dans un contexte criminel à proprement dit."
- [1993] 3 S.C.R. p. 513, line *c-3* of the French version.
Read "méfaits publics" instead of "méfaits public".
- [1995] 2 S.C.R. p. 58, running head. Read "L'Heureux-Dubé J." instead of "Gonthier J."
- [1990] 3 R.C.S. p. 262, ligne *b-4* de la version française.
Lire «n'est pas le fruit du hasard» au lieu de «n'est le fruit du hasard».
- [1991] 3 R.C.S. p. 226, ligne *d-1* de la version française.
Lire «qu'il aurait dans un contexte criminel proprement dit.» au lieu de «qu'ils auraient dans un contexte criminel à proprement dit.»
- [1993] 3 R.C.S. p. 513, ligne *c-3* de la version française.
Lire «méfaits publics» au lieu de «méfaits public».
- [1995] 2 R.C.S. p. 58, titre courant. Lire «L'Heureux-Dubé J.» au lieu de «Gonthier J.»

MOTIONS — REQUÊTES
(April 1 to July 31, 1995 — 1^{er} avril au 31 juillet 1995)

- Allen v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24595, leave to appeal refused, 1.6.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Ambrose v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24530, leave to appeal refused, 4.5.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Armada Lines Ltd. v. Chaleur Fertilizers Ltd.* (F.C.A.)(Ont.), 24351, leave to appeal granted, 29.6.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Associated Respiratory Services Inc. v. Purchasing Commission* (B.C.), 24366, leave to appeal refused with costs, 22.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Association des policiers provinciaux du Québec c. Sûreté du Québec* (Qué.), 24627 leave to appeal refused with costs, 6.7.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Atlantic Communication and Technical Workers' Union v. Maritime Telegraph and Telephone Co.* (N.S.), 24506, leave to appeal refused with costs, 22.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Augustus c. Montreal Urban Community* (Qué.), 24607, leave to appeal granted, 29.6.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Baker Energy Resources Corporation v. Reading & Bates Construction Co.* (F.C.A.)(Ont.), 24458, leave to appeal refused with costs, 1.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Baroud v. Minister of Citizenship and Immigration* (Ont.), 24610, leave to appeal refused, 15.6.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Barsalou v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24498, leave to appeal refused, 27.4.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Barzelex Inc. c. Banque de Nouvelle-Écosse* (Qué.), 24577, leave to appeal refused with costs, 1.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Barzelex Inc. c. Geestemünder Bank AG* (Qué.), 24576, leave to appeal refused with costs, 1.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Basra v. Gill* (B.C.), 24450, leave to appeal refused with costs, 27.4.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bate Equipment Ltd. v. Ellis-Don Ltd.* (Alta.), 24396, leave to appeal refused with costs, 18.5.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Beals v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 24519, leave to appeal refused, 27.4.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Bérubé c. Procureur général du Québec* (Qué.), 24603, leave to appeal refused with costs, 15.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bober v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24455, leave to appeal refused, 18.5.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (B.C.), 24520, leave to appeal granted, 1.6.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Bouchard c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24512, leave to appeal refused, 6.4.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Bouvillons Canada Ltée c. Labbé* (Qué.), 24550, leave to appeal refused with costs, 6.4.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Broderick v. The Queen* (P.E.I.), 24733, notice of discontinuance filed, 5.7.95, avis de désistement produit.
- Brotherhood of Locomotive Engineers c. Picher* (Qué.), 24541, leave to appeal refused with costs, 11.5.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Brown v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24594, leave to appeal refused, 01.06.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Canadian Broadcasting Corporation v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24579, leave to appeal refused, 4.5.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Canadian Pacific Ltd. v. Brotherhood of Maintenance of Way Employees Canadian Pacific System Federation* (B.C.), 24317, leave to appeal granted, 20.7.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Chabotar c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24563, leave to appeal refused, 18.5.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Chouinard c. Procureur général du Canada* (Qué.), 24664, leave to appeal refused with costs, 29.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Clark v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24635, leave to appeal refused with costs, 6.7.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Clark v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 24676, leave to appeal refused with costs, 6.7.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- College of Physicians and Surgeons of New Brunswick v. Kenney* (N.B.), 24488, leave to appeal refused with costs, 18.5.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission scolaire Jérôme Le Royer c. Syndicat des enseignantes et des enseignants de Le Royer* (Qué.), 24620, leave to appeal granted, 20.7.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Construction Acibec (1980) Ltée c. Résidence Marro Inc.* (Qué.); 24575, leave to appeal refused with costs, 27.4.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Couture c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24505, notice of discontinuance filed, 11.5.95, avis de désistement produit.
- Crews v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24521, leave to appeal refused, 18.5.95, autorisation de pourvoi refusée.
- D.G.R. v. K.L.V.* (B.C.), 24365, notice of discontinuance filed, 26.5.95, avis de désistement produit.
- Dumesnil c. Dionne* (Crim.)(Qué.), 24618, leave to appeal refused with costs, 8.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Eljer Manufacturing Canada Inc. c. Syndicat national des salariés des outils Simonds (C.S.N.)* (Qué.), 24683, leave to appeal refused with costs, Lamer C.J. dissenting, 29.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens, le juge en chef Lamer est dissident.
- Ernst & Young Inc. v. Dylex Ltd.* (Ont.), 24557, leave to appeal refused with costs, 22.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Escobar-Molina v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24473, notice of discontinuance filed, 11.5.95, avis de désistement produit.
- Exarhos c. Bank of Nova Scotia* (Qué.), 24608, leave to appeal refused with costs, 15.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Falkenberg v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24493, leave to appeal refused, 22.6.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Fecteau c. Hôpital St. François d'Assise* (Qué.), 24518, leave to appeal refused with costs, 27.4.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Foshay v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24274, leave to appeal refused, 27.4.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Foulston v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24529, leave to appeal refused, 18.5.95, autorisation de pourvoi refusée.
- French v. Bernardo* (Crim.)(Ont.), 24748, leave to appeal refused, 15.6.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Friday v. Attorney General for Ontario* (Ont.), 24639, leave to appeal refused with costs, 6.7.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Funk v. Labus Investments Ltd.* (B.C.), 24416, leave to appeal refused, 1.6.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Gardner v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24596, leave to appeal granted, 1.6.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Gendron c. 2968-1467 Québec Inc.* (Qué.), 24555, leave to appeal refused with costs, 27.4.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- George v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 24722, leave to appeal refused with costs, 6.7.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gerber Scientific Instrument Co. v. Bell-Northern Research Ltd.* (Ont.), 24449, leave to appeal refused with costs, 18.5.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Girard c. Moisan* (Qué.), 24704, leave to appeal refused with costs, 29.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Goyette c. Laporte* (Qué.), 24659, leave to appeal refused with costs, 15.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gray v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24532, leave to appeal refused, 6.7.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Greenpeace Canada v. MacMillan Bloedel Ltd.* (B.C.), 24437, leave to appeal granted, 1.6.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Grenkow v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 24616, leave to appeal refused, 15.6.95, autorisation de pourvoi refusée.
- H.A. c. M.T.* (Qué.), 24534, leave to appeal refused with costs, 29.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hasan v. Council of the College of Physicians and Surgeons of New Brunswick* (N.B.), 24398, leave to appeal refused with costs, 18.5.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hay v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24480, leave to appeal refused, 1.6.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Haziza c. Bendayan* (Qué.), 24526, leave to appeal refused with costs, 6.4.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Haziza c. Bendayan* (Qué.), 24559, leave to appeal refused with costs, 6.4.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Holland v. United States of America* (Crim.)(Ont.), 24503, leave to appeal refused, 8.6.95, autorisation de pourvoi refusée.
- K.L. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24651, leave to appeal refused, 6.7.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Karpiel v. Pelican* (Ont.), 24490, leave to appeal refused with costs, 25.5.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Laidlaw Carriers Inc. v. Ford* (Ont.), 24539, leave to appeal refused with costs, 22.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lawrence v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24524, leave to appeal refused, 22.6.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Lehndorff United Properties (Canada) Ltd. v. City of Edmonton* (Alta.), 24412, leave to appeal refused with costs, 18.5.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Levert v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24411, leave to appeal refused, 27.4.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Logozar v. Golder* (Alta.), 24406, leave to appeal refused with costs, 18.5.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Loya v. Cooper* (Ont.), 24574, leave to appeal refused with costs, 22.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Manulife Bank of Canada v. Conlin* (Ont.), 24499, leave to appeal granted, 4.5.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Marchés Bonanza (Lachine) Inc. c. Procureur général du Québec* (Qué.), 24547, leave to appeal refused with costs, 18.5.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Marchés Bonanza (Lachine) Inc. c. Procureur général du Québec* (Qué.), 24548, leave to appeal refused with costs, 18.5.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Marinero v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24322, leave to appeal refused, 27.4.95, autorisation de pourvoi refusée.
- McLeod v. Law Society of Saskatchewan* (Sask.), 24459, leave to appeal refused with costs, 15.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McMillan v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24570, leave to appeal refused, 1.6.95, autorisation de pourvoi refusée.

- Michaud v. Bank of Montreal* (N.B.), 24497, leave to appeal refused with costs, 25.5.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mohan v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24523, leave to appeal refused, 18.5.95, autorisation de pourvoi refusée.
- NB Power Corporation v. Sivret* (N.B.), 24538, leave to appeal refused with costs, 22.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nagel v. Hunter* (Alta.), 24609, leave to appeal refused with costs, 8.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nand v. Edmonton Public School District # 7* (Alta.), 24500, leave to appeal refused with costs, 27.4.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Newfoundland Association of Public Employees v. The Queen in right of Newfoundland* (Nfld.), 24525, leave to appeal granted, 4.5.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Noftall v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 24426, leave to appeal refused, 18.5.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Ochapowace First Nation v. V. A.* (Sask.), 24571, leave to appeal refused with costs, 8.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Osbourne v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24595, leave to appeal refused, 1.6.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Pamajewon v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24596, leave to appeal granted, 1.6.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Pascal v. The Queen* (B.C.), 24638, leave to appeal refused with costs, 6.7.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Peat Marwick Thorne Inc. v. Atherley* (Ont.), 24681, leave to appeal refused with costs, 22.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pennie v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24432, leave to appeal refused, 18.5.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Poznekoff v. Elasoff* (B.C.), 24572, leave to appeal refused, 1.6.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Procureur général du Québec c. Guimond* (Qué.), 24625, leave to appeal granted, 1.6.95, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. D.E.F.* (Crim.)(Alta.), 24587, leave to appeal refused, 1.6.95, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Keegstra* (Crim.)(Alta.), 24296, leave to appeal, reduced to a single constitutional ground, refused, 18.5.95, autorisation de pourvoi, réduite à un seul moyen constitutionnel, refusée.
- R. v. L.T.C.* (Crim.)(Nfld.), 24502, leave to appeal refused, 29.6.95, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Laporte* (Crim.)(Qué.), 24551, leave to appeal granted, 1.6.95, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Marrie* (Crim.)(Nfld.), 24471, leave to appeal refused, 18.5.95, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Marwin G.* (Crim.)(Ont.), 24484, notice of discontinuance filed, 5.5.95, avis de désistement produit.
- R. v. Nikolovski* (Crim.)(Ont.), 24360, leave to appeal granted, 1.6.95, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. R.A.M.* (Crim.)(Man.), 24475, leave to appeal refused, 18.5.95, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Richard* (Crim.)(N.-B.), 24582, leave to appeal granted, 1.6.95, autorisation de pourvoi accordée.
- R.J.G. v. J.R.G.* (Sask.), 24622, leave to appeal granted, 1.6.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Radassao v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24615, leave to appeal refused, 22.6.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Richardson c. Cooke* (Qué.), 24546, leave to appeal refused, 6.4.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Robinson v. Laushway* (Ont.), 24492, leave to appeal refused with costs, 25.5.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rogers v. The Queen in right of Newfoundland* (Nfld.), 24531, leave to appeal refused, 11.5.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Rossignol c. Corporation professionnelle des dentistes du Québec* (Qué.), 24606, leave to appeal refused, 1.6.95, autorisation de pourvoi refusée.

- Schachtschneider v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 23698, leave to appeal refused with costs, 1.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Scott & Pichelli Ltd. v. General Motors Acceptance Corporation of Canada, Ltd.* (Ont.), 24485, leave to appeal refused, 1.6.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Scott Maritimes Ltd. v. Labour Standards Tribunal* (N.S.), 24494, leave to appeal refused with costs, 27.4.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sebastian v. Workers' Compensation Board* (Sask.), 24457, leave to appeal refused, 18.5.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Siscoe & Savoie v. Royal Bank of Canada* (N.B.), 24566, leave to appeal refused with costs, 1.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Smellie v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24474, leave to appeal refused, 8.6.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Somerset Place Developments of Georgetown v. Atherley* (Ont.), 24681, leave to appeal refused with costs, 22.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Soucher c. Dubois* (Qué.), 24667, leave to appeal refused with costs, 29.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sous-ministre du revenu du Québec c. Alma Amusement Inc.* (Qué.), 24666, leave to appeal refused with costs, 29.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- St. Mary's General Hospital v. Fiorelli* (Ont.), 24706, notice of discontinuance filed, 19.6.95, avis de désistement produit.
- Stevens v. Stoney Band* (Alta.), 24636, leave to appeal refused with costs, 6.7.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stevens v. Stoney Band* (Alta.), 24675, leave to appeal refused with costs, 6.7.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat des employés du Centre hospitalier régional de Lanaudière (CSN) c. Centre hospitalier régional de Lanaudière* (Qué.), 24528, leave to appeal refused with costs, 27.4.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand (C.S.N.) c. Curateur public, M^e Rémi Lussier* (Qué.), 24511, leave to appeal granted, 18.5.95, autorisation de pourvoi accordée.
- TSCO of Canada Ltd. c. Châteauneuf* (Qué.), 24611, leave to appeal refused with costs, Lamer C.J. dissenting, 29.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens, le juge en chef Lamer est dissident.
- Tarel Hotel Ltd. v. Saskatchewan Co-Operative Financial Services Ltd.* (Sask.), 24402, leave to appeal refused with costs, 18.5.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Association des employeurs maritimes* (Qué.), 24481, leave to appeal refused with costs, 6.4.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Association des employeurs maritimes* (Qué.), 24567, leave to appeal refused with costs, 27.4.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Thérien c. Pellerin* (Qué.), 24729, leave to appeal refused with costs, 29.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Thérien c. Vanier* (Qué.), 24728, leave to appeal refused with costs, 29.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Thibodeau c. Corporation municipale de Ste-Julienne* (Qué.), 24468, leave to appeal refused with costs, 18.5.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Toronto-Dominion Bank v. Vita Health Company (1985) Ltd.* (Man.), 24385, leave to appeal refused with costs, 18.5.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Vancouver Island Peace Society v. R. in right of Canada* (F.C.A.)(B.C.), 24600, leave to appeal refused with costs, 22.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Verdun v. Toronto-Dominion Bank* (Ont.), 24604, leave to appeal granted, 1.6.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Wedekind v. Director of Income Maintenance Branch of the Ministry of Community & Social Services* (Ont.), 24564, leave to appeal refused, 15.6.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Whissell v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24517, leave to appeal refused, 4.5.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Whitmell v. Ritchie* (Ont.), 24388, leave to appeal refused with costs, 18.5.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Williams v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24637, leave to appeal refused with costs, 6.7.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Woldrich v. Mental Health Review Board* (Man.), 24553, leave to appeal refused, 22.6.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Yusuf v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 24601, leave to appeal refused with costs, 22.6.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A			
A.B., R. v.	413	Commission see also "Canada" or the name of province	
A.J.B., R. v.	413	Compagnie minière Québec Cartier v. United Steelworkers of America, Local 6869.....	1095
Attorney General see also "Canada" or the name of province		Crosby, R. v.	912
		Crown Forest Industries Ltd. v. Canada	802
B		E	
B. (A.J.), R. v.	413	Egan v. Canada	513
Branch, British Columbia Securities Commission v.	3	G	
British Columbia (Milk Board) v. Grisnich.....	895	Grisnich, British Columbia (Milk Board) v.....	895
British Columbia Securities Commission v. Branch.....	3	H	
British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.	739	Hay, Vout v.....	876
Burlingham, R. v.	206	Hibbert, R. v.....	973
C		Hill v. Church of Scientology of Toronto.....	1130
Canada, Crown Forest Industries Ltd. v.	802	Hill, Manning v.....	1130
Canada, Egan v.	513	J	
Canada (Radio-television and Telecommunications Commission), Telecommunications Workers Union v.....	781	Jobin, R. v.	78
Canada, Thibaudeau v.....	627	K	
Canadian Pacific Ltd., Ontario v.....	1028, 1031	Keegstra, R. v.....	381
Chaisson, R. v.	1118	M	
Church of Scientology of Toronto, Hill v.....	1130	M. (N.), R. v.....	415
Cie minière Québec Cartier v. Quebec (Grievances arbitrator).....	1095		
Collins, R. v.	1104		

	PAGE		PAGE
M.N.R., Thibaudeau v.....	627	R. v. Collins	1104
Manning v. Hill	1130	R. v. Crosby	912
Minister see also "Canada" or the name of province		R. v. Hibbert.....	973
Miron v. Trudel	418	R. v. Jobin	78
Mitsui & Co. (Canada) Ltd. v. Royal Bank of Canada	187	R. v. Keegstra.....	381
Montour, R. v.	416	R. v. M. (N.).....	415
		R. v. Montour.....	416
		R. v. Park.....	836
N		R. v. Pelfrey	1104
New Brunswick v. O'Leary.....	967	R. v. Primeau.....	60
Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy), Phillips v.	97	R. v. S. (G.).....	411
		R. v. Silveira.....	297
		R. v. Tanner.....	379
		R. v. Wade.....	737
		Royal Bank of Canada, Mitsui & Co. (Canada) Ltd. v.	187
		S	
Office see also "Canada" or the name of province		S. (G.), R. v.....	411
O'Leary, New Brunswick v.....	967	Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd., British Columbia Telephone Co. v.....	739
Ontario v. Canadian Pacific Ltd.	1028, 1031	Silveira, R. v.....	297
Ontario Hydro, Weber v.....	929		
		T	
P		Tanner, R. v.	379
Park, R. v.....	836	Telecommunications Workers Union v. Canada (Radio-television and Telecommunications Commission).....	781
Pelfrey, R. v.	1104	The Queen see also "R."	
Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy).....	97	Thibaudeau v. Canada.....	627
Primeau, R. v.....	60	Thibaudeau v. M.N.R.....	627
Prince Edward Island, Walker v.....	407	Trudel, Miron v.	418
		U	
Q		Union see also under abbreviated name	
Quebec (Grievances arbitrator), Cie minière Québec Cartier v.....	1095	United Steelworkers of America, Local 6869, Compagnie minière Québec Cartier v.	1095
Queen see also "R."			
		V	
R		Vout v. Hay.....	876
R. v. A.B.	413		
R. v. A.J.B.	413		
R. v. B. (A.J.).....	413		
R. v. Burlingham.....	206		
R. v. Chaisson	1118		

TABLE OF JUDGMENTS

	PAGE	PAGE
W		
Wade, R. v.	737	
Walker v. Prince Edward Island.....	407	
Weber v. Ontario Hydro.....	929	

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			
A.B., R. c.....	413	Compagnie minière Québec Cartier c. Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 6869	1095
A.J.B., R. c.....	413	Crosby, R. c.....	912
		Crown Forest Industries Ltd. c. Canada	802
B		E	
B. (A.J.), R. c.....	413	Egan c. Canada.....	513
Banque Royale du Canada, Mitsui & Co. (Canada) Ltd. c.....	187	Église de scientologie de Toronto, Hill c.....	1130
Branch, British Columbia Securities Commission c.....	3	G	
British Columbia Securities Commission c. Branch.....	3	Grisnich, Colombie-Britannique (Milk Board) c.....	895
British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.	739	H	
Burlingham, R. c.....	206	Hay, Vout c.....	876
C		Hibbert, R. c.....	973
Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications), Telecommunications Workers Union c.....	781	Hill c. Église de scientologie de Toronto.....	1130
Canada, Crown Forest Industries Ltd. c.....	802	Hill, Manning c.....	1130
Canada, Egan c.....	513	I	
Canada, Thibaudeau c.....	627	Île-du-Prince-Édouard, Walker c.....	407
Canadien Pacifique Ltée, Ontario c.....	1028, 1031	J	
Chaisson, R. c.....	1118	Jobin, R. c.....	78
Cie minière Québec Cartier c. Québec (Arbitre des griefs)	1095	K	
Collins, R. c.....	1104	Keegstra, R. c.....	381
Colombie-Britannique (Milk Board) c. Grisnich	895		
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province			

L	PAGE	Q	PAGE
La Reine voir aussi «R.»		Québec (Arbitre des griefs), Cie minière Québec Cartier c.....	1095
M		R	
M. (N.), R. c.....	415	Reine voir aussi «R.»	
M.R.N., Thibaudeau c.....	627	R. c. A.B.....	413
Manning c. Hill.....	1130	R. c. A.J.B.....	413
Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 6869, Compagnie minière Québec Cartier c.	1095	R. c. B. (A.J.).....	413
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. Burlingham.....	206
Miron c. Trudel.....	418	R. c. Chaisson.....	1118
Mitsui & Co. (Canada) Ltd. c. Banque Royale du Canada.....	187	R. c. Collins.....	1104
Montour, R. c.....	416	R. c. Crosby.....	912
		R. c. Hibbert.....	973
		R. c. Jobin.....	78
		R. c. Keegstra.....	381
		R. c. M. (N.).....	415
		R. c. Montour.....	416
		R. c. Park.....	836
		R. c. Pelfrey.....	1104
		R. c. Primeau.....	60
		R. c. S. (G.).....	411
		R. c. Silveira.....	297
		R. c. Tanner.....	379
		R. c. Wade.....	737
N		S	
Nouveau-Brunswick c. O'Leary.....	967	Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray), Phillips c.....	97	S. (G.), R. c.....	411
		Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd., British Colum- bia Telephone Co. c.....	739
		Silveira, R. c.....	297
O		T	
Office voir aussi «Canada» ou nom de la province		Tanner, R. c.....	379
O'Leary, Nouveau-Brunswick c.....	967	Telecommunications Workers Union c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécom- munications.....	781
Ontario c. Canadien Pacifique Ltée.....	1028, 1031	Thibaudeau c. Canada.....	627
Ontario Hydro, Weber c.....	929	Thibaudeau c. M.R.N.....	627
		Trudel, Miron c.....	418
P			
Park, R. c.....	836		
Pelfrey, R. c.....	1104		
Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray).....	97		
Primeau, R. c.....	60		
Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province			

	PAGE
V	
Vout c. Hay	876

W	
Wade, R. c.	737
Walker c. Île-du-Prince-Édouard	407
Weber c. Ontario Hydro.....	929

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
A		
Adam v. Ward	[1917] A.C. 309	1188
Alberta Power Ltd. v. Alberta (Public Utilities Board)	(1990), 72 Alta. L.R. (2d) 129.....	769
Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Quebec Labour Relations Board	[1953] 2 S.C.R. 140, [1953] 4 D.L.R. 161	794
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.....	[1978] 2 S.C.R. 229.....	1197
Andrews v. Law Society of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 143.....434, 466, 541, 583, 670, 711	
Arnold v. Teno	[1978] 2 S.C.R. 287.....	1197
Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)	[1990] 3 R.C.S. 1170.....	787
Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada.....	[1980] 2 S.C.R. 735.....	787
Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada	[1951] S.C.R. 31	908
Attorney General of Quebec v. Cumming.....	[1978] 2 S.C.R. 605.....	111
Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada	[1979] 1 S.C.R. 218.....	124
B		
B.C. Motor Vehicle Act, Re	[1985] 2 S.C.R. 486.....486, 993	
B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 214.....	1166
B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 214.....	1166
Bacardi Corp. of America v. Domenech.....	311 U.S. 150 (1940).....	822
Baron v. Canada.....	[1993] 1 S.C.R. 416.....	40
Barr v. Matteo	360 U.S. 564 (1959).....	1181
Barry v. Butlin.....	(1838), 2 Moo. P.C. 480, 12 E.R. 1089	885
Bartello v. Canada Post Corp.....	(1987), 46 D.L.R. (4th) 129	957
Batary v. Attorney General for Saskatchewan	[1965] S.C.R. 465.....	136
Beaty v. Truck Insurance Exchange.....	8 Cal.Rptr.2d 593 (1992)	449
Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécom- munications canadiennes)	[1989] 1 R.C.S. 1722.....	758

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)	[1989] 1 S.C.R. 1722.....	758
Bell Canada v. Foisy.....	(1989), 26 C.C.E.L. 234.....	957
Bishop v. College of Physicians & Surgeons of British Columbia	(1985), 22 D.L.R. (4th) 185.....	23
Black v. Law Society of Alberta.....	[1989] 1 S.C.R. 591.....	711
Blackshaw v. Lord	[1983] 2 All E.R. 311.....	1199
Bliss c. Procureur général du Canada	[1979] 1 R.C.S. 183.....	443, 490, 569
Bliss v. Attorney General of Canada	[1979] 1 S.C.R. 183.....	443, 490, 569
Boddie v. Connecticut.....	401 U.S. 371 (1971).....	449
Boronovsky v. Chief Rabbis of Israel.....	P.D. CH [25] (1), 7	495
Borowski c. Canada (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 342.....	113
Borowski v. Canada (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 342.....	113
Boucher v. The King	[1951] S.C.R. 265	1172
Bourne v. Otis Elevator Co.	(1984), 45 O.R. (2d) 321.....	957
British Columbia Government Employees' Union, Re.....	[1983] 6 W.W.R. 640	1167
British Columbia (Milk Board) v. Bari Cheese Ltd.....	(1991), 83 D.L.R. (4th) 329	899, 902
British Columbia (Milk Board) v. Clearview Dairy Farm Inc.	[1989] B.C.J. No. 212 (QL).....	904
British Columbia (Milk Marketing Board) v. Bari Cheese Ltd.....	[1993] B.C.J. No. 1748 (QL).....	899, 904
British Columbia Securities Commission v. Branch	[1995] 2 S.C.R. 3.....	70, 93, 114, 118, 144
British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.	[1995] 2 S.C.R. 739.....	785, 795
Broadrick v. Oklahoma	413 U.S. 601 (1973).....	1046
Brooks v. Canada Safeway Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 1219.....	443, 490, 569, 597
Brown v. Board of Education of Topeka.....	347 U.S. 483 (1954).....	594
Brown v. British Columbia (Minister of Health).....	(1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294.....	602
Buffalo v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development).....	(1994), 86 F.T.R. 1.....	148
Butt v. United Steelworkers of America.....	(1993), 106 Nfld. & P.E.I.R. 181	957
C		
Canada (Attorney General) v. Mossop.....	[1993] 1 S.C.R. 554.....	475, 501, 563, 610
Canada (Attorney General) v. Ward.....	[1993] 2 S.C.R. 689.....	528, 822
Canada (Procureur général) c. Mossop	[1993] 1 R.C.S. 554.....	475, 501, 563, 610
Canada (Procureur général) c. Ward	[1993] 2 R.C.S. 689.....	528, 822
Canadian Broadcasting Corp. v. Keegstra	(1986), 35 D.L.R. (4th) 76.....	158
Canadian Long Island Petroleum Ltd. v. Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd.	[1975] 2 S.C.R. 715.....	199
Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 122.....	1192
Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 122.....	1192
Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours	[1899] A.C. 367.....	1029, 1063
Canadian Transit Co. c. Canada (Commission des relations de travail dans la Fonction publique)	[1989] 3 C.F. 611	788, 797
Canadian Transit Co. v. Canada (Public Service Staff Relations Board)	[1989] 3 F.C. 611	788, 797
Carson v. John Fairfax & Sons Ltd.	(1993), 113 A.L.R. 577	1199

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Cassell & Co. v. Broome.....	[1972] 1 All E.R. 801.....	1199
Chelmick v. Chelmick.....	(1991), 118 A.R. 385.....	668
Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.....	[1979] 1 S.C.R. 1067.....	1173
Cleveland Board of Education v. LaFleur.....	414 U.S. 632 (1974).....	449
Colet v. The Queen.....	[1981] 1 S.C.R. 2.....	324, 348
College of Physicians & Surgeons of British Columbia v. Bishop	(1989), 56 D.L.R. (4th) 164.....	23
Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash.....	[1994] 2 S.C.R. 406.....	355
Comité pour la République du Canada c. Canada.....	[1991] 1 R.C.S. 139.....	1051
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.....	[1985] 2 R.C.S. 536.....	548, 587
Commission scolaire de Sept-Îles v. Morin.....	(1993), 59 Q.A.C. 194.....	1101
Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada.....	[1991] 1 S.C.R. 139.....	1051
Commonwealth v. Amaral.....	450 N.E.2d 656 (1983).....	353
Conlin v. Prowse.....	(1993), 109 D.L.R. (4th) 243.....	1083
Coughlin v. Westinghouse Broadcasting & Cable, Inc.....	476 U.S. 1187 (1986).....	1185
Craig v. Lamoureux.....	[1920] A.C. 349.....	890
Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)	[1991] 2 R.C.S. 5.....	935, 960
Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board).....	[1991] 2 S.C.R. 5.....	935, 960

D

Dagenais c. Société Radio-Canada.....	[1994] 3 R.C.S. 835.....	67, 73, 90, 125, 158, 731, 871, 1166, 1214
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.....	[1994] 3 S.C.R. 835.....	67, 73, 90, 125, 158, 731, 871, 1166, 1214
Dankyi v. R.....	[1993] R.J.Q. 2767.....	1127
David Taylor & Son, Ltd. v. Barnett.....	[1953] 1 All E.R. 843.....	958
De Libellis Famosis.....	(1605), 5 Co. Rep. 125a, 77 E.R. 250.....	1176
Delaney v. United States.....	199 F.2d 107 (1952).....	154
Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd.....	[1993] 1 All E.R. 1011.....	1185
Derrickson v. Tomat.....	(1992), 88 D.L.R. (4th) 401.....	1175
Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal.....	[1978] 1 R.C.S. 152.....	144
Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail.....	[1978] 1 S.C.R. 152.....	144
Dickason c. Université de l'Alberta.....	[1992] 2 R.C.S. 1103.....	456
Dickason v. University of Alberta.....	[1992] 2 S.C.R. 1103.....	456
Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Lynch.....	[1975] A.C. 653.....	990
Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles).....	[1993] 2 S.C.R. 756.....	756
Douglas v. Canada.....	(1992), 58 F.T.R. 147.....	601
Douglas v. Tucker.....	[1952] 1 S.C.R. 275.....	1190
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College.....	[1990] 3 S.C.R. 570.....	935, 958
Droit de la famille—1488.....	J.E. 91-1753.....	668
Dubai Bank Ltd. v. Galadari.....	[1989] 3 All E.R. 769.....	32
Dubois v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 350.....	45
Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.....	472 U.S. 749 (1985).....	1182
Dynamic Transport Ltd. v. O.K. Detailing Ltd.....	[1978] 2 S.C.R. 1072.....	204

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
E		
Eccles v. Bourque	[1975] 2 S.C.R. 739.....	329, 349
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	46, 159, 1156, 1215
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General).....	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	46, 159, 1156, 1215
Egan v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 513.....	489, 641
Egger v. Chelmsford	[1965] 1 Q.B. 248.....	1208
Elden v. Sheldon	758 P.2d 582 (1988).....	449
Elias v. Insurance Corp. of British Columbia	(1992), 95 D.L.R. (4th) 303.....	1083
Elkins v. United States	364 U.S. 206 (1960).....	343
Elliott v. De Havilland Aircraft Co. of Canada Ltd.....	(1989), 32 O.A.C. 250.....	957
Empress Towers Ltd. v. Bank of Nova Scotia	(1990), 73 D.L.R. (4th) 400.....	204
Energy & Chemical Workers Union, Local 691 v. Irving Oil Ltd.	(1983), 148 D.L.R. (3d) 398	956
Entick v. Carrington.....	(1765), 19 St. Tr. 1029	319
États-Unis d'Amérique c. Cotroni.....	[1989] 1 R.C.S. 1469.....	347, 486, 532, 1173
Ex parte Telegraph plc.....	[1993] 2 All E.R. 971.....	171
F		
Faber v. The Queen.....	[1976] 2 S.C.R. 9.....	134
Forster v. Canadian Airlines International Ltd.....	(1993), 3 C.C.E.L. (2d) 272.....	957
Franck v. Kenebuc (Galt) Ltd.	(1985), 7 C.C.E.L. 85.....	951
G		
Gagnon v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 264.....	677
Galt Art Metal Co. v. Pedlar People Ltd.....	[1935] O.R. 126.....	1083
Gannett Co. v. DePasquale	443 U.S. 368 (1979).....	171
Gazette Printing Co. v. Shallow.....	(1909), 41 S.C.R. 339.....	1191, 1215
Geiger v. London Monenco Consultants Ltd.....	(1992), 43 C.C.E.L. 291.....	457
Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057	[1990] 1 R.C.S. 1298.....	954
Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alli- ance of Canada, Local 50057.....	[1990] 1 S.C.R. 1298.....	954
Girard v. Girard.....	(1990), 103 N.B.R. (2d) 377.....	668
Globe and Mail Ltd. v. Boland	[1960] S.C.R. 203.....	1174
Gregory & Co. v. Quebec Securities Commission.....	[1961] S.C.R. 584.....	39
Griswold v. Connecticut	381 U.S. 479 (1965).....	449
Guillemette v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 356.....	401
H		
Haig v. Canada.....	(1991), 5 O.R. (3d) 245.....	622
Halton Board of Education and Ontario Secondary School Teachers' Federation, District, 9, Re	(1978), 17 L.A.C. (2d) 279.....	965

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.	(1985), 24 D.L.R. (4th) 724	23, 148
Hendrix v. General Motors Corp:	193 Cal.Rptr. 922 (1983)	464
Hodge v. The Queen	(1883), 9 App. Cas. 117	768
Hodson v. The Queen	[1988] 1 C.T.C. 2	685
Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.	455 U.S. 489 (1982)	1045, 1064
Horrocks v. Lowe.....	[1975] A.C. 135	1189
Hubbert v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 267.....	170
Hunter v. Southam Inc.....	[1984] 2 S.C.R. 145.....	34, 322, 355, 486
Hunter Douglas Ltd. v. The Queen.....	79 D.T.C. 5340	827

I

Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)	[1992] 3 R.C.S. 631	400
Idziak v. Canada (Minister of Justice).....	[1992] 3 S.C.R. 631.....	400
Imbleau v. Laskin.....	[1962] S.C.R. 338	965
Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce).....	[1987] 1 R.C.S. 181	48
Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission).....	[1987] 1 S.C.R. 181.....	48
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927.....	30, 576, 711, 1047
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 927.....	30, 576, 711, 1047

J

J. N. Gladden Estate v. The Queen.....	[1985] 1 C.T.C. 163	822
Janzen v. Platy Enterprises Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 1252.....	597
Jill Fishing Ltd. v. Koranda Management Inc.	[1993] B.C.J. No. 1861 (QL)	1198
John v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 476.....	243, 283
John Deere Plow Co. v. Wharton	[1915] A.C. 330	112
Johnston v. Dresser Industries Canada Ltd.	(1990), 75 O.R. (2d) 609.....	957

K

Kerr v. Conlogue.....	(1992), 65 B.C.L.R. (2d) 70.....	1206
Kim v. University of Regina	(1990), 74 D.L.R. (4th) 120	955
King v. Lake.....	(1679), Hardres 470, 145 E.R. 552.....	1177
Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)	(1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356.....	602

L

La Reine du chef du Manitoba c. Air Canada	[1980] 2 R.C.S. 303.....	112
Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario	[1991] 2 R.C.S. 211.....	1162
Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union.....	[1991] 2 S.C.R. 211.....	1162
Law Society of Upper Canada v. Skapinker	[1984] 1 S.C.R. 357.....	113
Lawson v. Burns	[1976] 6 W.W.R. 362.....	1200
Leary v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 29.....	871

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Lehmann v. Lehmann	(1989), 95 A.R. 383.....	668
Leroux v. Co-operators General Insurance Co.	(1991), 4 O.R. (3d) 609.....	431
Leshner v. Ontario.....	(1992), 16 C.H.R.R. D/184	603
Lewis v. The Queen.....	[1979] 2 S.C.R. 821.....	992
Ley v. Hamilton	(1935), 153 L.T. 384	1196
Loving v. Virginia.....	388 U.S. 1 (1967).....	449
Lyons v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 633.....	351

M

MacDonald c. Ville de Montréal	[1986] 1 R.C.S. 460.....	1122
MacDonald v. City of Montreal.....	[1986] 1 S.C.R. 460.....	1122
MacKay v. Manitoba.....	[1989] 2 S.C.R. 357.....	1163
Mahe v. Alta. (Gov't)	(1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212.....	533
Martin; MacGregor v. Ryan, Re.....	[1965] S.C.R. 757.....	888
Marvin v. Marvin.....	557 P.2d 106 (1976).....	449
Mason v. Lindsay.....	(1902), 4 O.L.R. 365	195
Maynard v. Hill	125 U.S. 190 (1888).....	448
McKinney c. Université de Guelph.....	[1990] 3 R.C.S. 229..... 439, 487, 533, 543, 573, 617, 1160	
McKinney v. University of Guelph.....	[1990] 3 S.C.R. 229..... 439, 487, 533, 543, 573, 617, 1160	
McLeod v. Egan.....	[1975] 1 S.C.R. 517.....	958
McLoughlin v. Kutasy	[1979] 2 S.C.R. 311.....	1189
Meddoui v. The Queen	[1991] 3 S.C.R. ix	400
Meyer v. Nebraska	262 U.S. 390 (1923).....	448
Milk Board v. Birchwood Dairy Farm Ltd.....	[1986] 3 W.W.R. 481	900
Milk Board v. Clearview Dairy Farm Inc.	[1987] 4 W.W.R. 279	900
Mills v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 863..... 74, 91, 936, 961	
Miron v. Trudel	[1995] 2 S.C.R. 418	529, 541, 625, 641, 681, 710
Moge v. Moge.....	[1992] 3 S.C.R. 813.....	472, 689
Moore v. British Columbia.....	(1988), 50 D.L.R. (4th) 29.....	959
Moore v. East Cleveland	431 U.S. 494 (1977).....	449

N

Ne-Nsoko Ndungidi v. Centre Hospitalier Douglas.....	[1993] R.J.Q. 536	957
Nebraska Press Assn. v. Stuart.....	427 U.S. 539 (1976).....	171
Nelles v. Ontario	[1989] 2 S.C.R. 170.....	132, 1162
Netupsky v. Craig	[1973] S.C.R. 55.....	1189
New Brunswick v. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.	(1982), 44 N.B.R. (2d) 201	998
New Brunswick v. O'Leary.....	[1995] 2 S.C.R. 967.....	949
New York Times Co. v. Sullivan	376 U.S. 254 (1964).....	1155, 1215
Nishi Industries, Re.....	(1978), 28 C.B.R. (N.S.) 261.....	198
Norman v. Unemployment Insurance Appeals Board.....	663 P.2d 904 (1983).....	464

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Northern Telecom Ltée v. Lachine (Cité).....	(1991), 52 Q.A.C. 63.....	901
Nouveau-Brunswick c. O'Leary	[1995] 2 R.C.S. 967.....	949

O

O'Hara c. Colombie-Britannique.....	[1987] 2 R.C.S. 591.....	133
O'Hara v. British Columbia.....	[1987] 2 S.C.R. 591.....	133
Old St. Boniface Residents Assn. v. Winnipeg (City).....	[1990] 3 S.C.R. 1170.....	787
Olmstead v. United States	277 U.S. 438 (1928).....	332
Ontario (Attorney-General) v. Bowie.....	(1993), 110 D.L.R. (4th) 444.....	959
Ontario Council of Regents for Colleges of Applied Arts & Technology and Ontario Public Service Employees Union, Re.....	(1986), 24 L.A.C. (3d) 144.....	960
Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536.....	548, 587
Ontario Securities Commission v. Biscotti	(1988), 40 B.L.R. 160	48
Operation Dismantle Inc. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 441.....	135
Orysiuk and The Queen, Re	(1977), 37 C.C.C. (2d) 445.....	178

P

P.E.I. Potato Marketing Board v. H. B. Willis Inc.	[1952] 2 S.C.R. 392.....	908
Pappajohn v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 120.....	846
Paquette v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 189.....	989
Parker v. Levy	417 U.S. 733 (1974).....	1045, 1089
Parker v. Parker.....	[1988] O.J. No. 749 (Q.L.)	668
Perka v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 232.....	398, 1014
Perreault v. Thivierge.....	(1992), 17 C.R.R. (2d) 361	66
Peter v. Beblow	[1993] 1 S.C.R. 980.....	499
Pettkus v. Becker.....	[1980] 2 S.C.R. 834.....	458, 472, 499
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers).....	[1994] 2 R.C.S. 557.....	26, 757
Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 S.C.R. 557.....	26, 757
Pickering Twp. v. Godfrey	[1958] O.R. 429.....	1083
Praisoody, Re.....	(1990), 1 O.R. (3d) 606, 61 C.C.C. (3d) 404	65, 86
Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 R.C.S. 735.....	787
Procureur général du Québec c. Cumming.....	[1978] 2 R.C.S. 605.....	111
Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada	[1979] 1 R.C.S. 218.....	124

Q

Qualico Developments Ltd. v. M.N.R.	(1984), 51 N.R. 387.....	1083
Québec (P.G.) v. Noranda Inc. (Mines Noranda Ltée).....	(1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 158.....	1068

R

R. v. Algoma Steel Corp.	(1991), 14 W.C.B. (2d) 264.....	1068
-------------------------------	---------------------------------	------

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Amway Corp.....	[1989] 1 S.C.R. 21.....	28
R. v. Askov.....	[1990] 2 R.C.S. 1199.....	1110
R. v. Barnes.....	[1991] 1 S.C.R. 449.....	399
R. v. Bartle.....	[1994] 3 S.C.R. 173.....	239, 294
R. v. Beare.....	[1988] 2 S.C.R. 387.....	49
R. v. Bernard.....	[1988] 2 S.C.R. 833.....	871
R. v. Bevan.....	[1993] 2 S.C.R. 599.....	242, 280
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.....	437, 486, 532, 541, 616, 675, 1046
R. v. Black.....	[1989] 2 S.C.R. 138.....	236, 293
R. v. Boone.....	(1993), 88 Man. R. (2d) 110.....	1127
R. v. Borden.....	[1994] 3 S.C.R. 145.....	40, 365
R. v. Broyles.....	[1991] 3 S.C.R. 595.....	233, 276
R. v. Bruhjell.....	[1986] B.C.J. No. 746 (Q.L.).....	1079
R. v. Brydges.....	[1990] 1 S.C.R. 190.....	227
R. v. Bulmer.....	[1987] 1 S.C.R. 782.....	847
R. v. Burke (No. 3).....	(1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 191.....	171
R. v. Burlingham.....	[1995] 2 S.C.R. 206.....	340
R. v. Butler.....	[1992] 1 S.C.R. 452.....	1174
R. v. Campbell.....	(1991), 87 Nfld. & P.E.I.R. 269.....	1080
R. v. Canney.....	[1995] N.B.J. No. 248 (QL).....	1128
R. v. Carker.....	[1967] S.C.R. 114.....	988
R. v. Chaulk.....	[1990] 3 S.C.R. 1303.....	729
R. v. City of Sault Ste. Marie.....	[1978] 2 S.C.R. 1299.....	1043
R. v. Colarusso.....	[1994] 1 S.C.R. 20.....	180, 234
R. v. Collins.....	(1983), 5 C.C.C. (3d) 141.....	265
R. v. Collins.....	[1987] 1 S.C.R. 265....	33, 231, 248, 287, 323, 362
R. v. Commander Business Furniture Inc.....	(1992), 9 C.E.L.R. (N.S.) 185.....	1068
R. v. Container Materials Ltd.....	[1940] 4 D.L.R. 293.....	33
R. v. Cory.....	(1993), 88 Man. R. (2d) 183.....	1127
R. v. Creighton.....	[1993] 3 S.C.R. 3.....	1021, 1052
R. v. Daviault.....	[1994] 3 S.C.R. 63.....	871
R. v. Dersch.....	[1993] 3 S.C.R. 768.....	265, 293
R. v. DeSousa.....	[1992] 2 S.C.R. 944.....	1053
R. v. Devasagayam).....	(1990), 1 O.R. (3d) 606, 61 C.C.C. (3d) 404.....	65, 86
R. v. Dickson.....	(1993), 81 C.C.C. (3d) 224 (Y.T.C.A.).....	920
R. v. Director of Serious Fraud Office, Ex parte Smith.....	[1993] A.C. 1.....	43
R. v. Duarte.....	[1990] 1 S.C.R. 30.....	265
R. v. Duguay.....	[1989] 1 S.C.R. 93.....	347, 365
R. v. Dyment.....	[1988] 2 S.C.R. 417.....	330, 1179
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	504, 711
R. v. Ellis-Don Ltd.....	[1992] 1 S.C.R. 840.....	47
R. v. Elshaw.....	[1991] 3 S.C.R. 24.....	233, 280, 294, 347
R. v. Evans.....	[1991] 1 S.C.R. 869.....	229

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Famous Players	[1932] O.R. 307	33
R. v. Ferris	(1994), 153 N.B.R. (2d) 241	1128
R. v. Finta	[1994] 1 S.C.R. 701	395
R. v. Forsythe	(1994), 41 B.C.A.C. 294	1127
R. v. French (No. 2)	(1991), 93 Nfld. & P.E.I.R. 14	166
R. v. Gardiner	[1982] 2 S.C.R. 368	1123
R. v. Généreux	[1992] 1 S.C.R. 259	156, 440, 550
R. v. Genest	[1989] 1 S.C.R. 59	290, 334
R. v. Gladstone	(1985), 22 C.C.C. (3d) 151	232
R. v. Goltz	[1991] 3 S.C.R. 485	1090
R. v. Goulet	(1995), 22 O.R. (3d) 118	1125
R. v. Grant	[1993] 3 S.C.R. 223	239, 315, 351, 362
R. v. Greffe	[1990] 1 S.C.R. 755	330, 365
R. v. Guthrie	(1985), 20 C.C.C. (3d) 73	854
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151 22, 134, 233, 276, 292, 329	
R. v. Hess	[1990] 2 S.C.R. 906	438, 551, 603
R. v. Heywood	[1994] 3 S.C.R. 761	1048, 1090
R. v. Hibbert	[1995] 2 S.C.R. 973	1060
R. v. Hodge	(1993), 133 N.B.R. (2d) 240	243, 283
R. v. Howe	[1987] 1 A.C. 417	1000
R. v. Hynes	(1993), 123 N.S.R. (2d) 447	1127
R. v. Jackson	(1991), 68 C.C.C. (3d) 385	1006
R. v. Jackson	[1993] 4 S.C.R. 573	1002
R. v. Jacoy	[1988] 2 S.C.R. 548	232
R. v. Jewitt	[1985] 2 S.C.R. 128	74
R. v. Jobidon	[1991] 2 S.C.R. 714	870
R. v. Jobin	[1995] 2 S.C.R. 78	12, 67
R. v. Jones	[1994] 2 S.C.R. 229	145
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	1043, 1173
R. v. Kenny	(1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 318	135
R. v. Kirkness	[1990] 3 S.C.R. 74	1001
R. v. Kokesch	[1990] 3 S.C.R. 3	40, 316, 364
R. v. Kray	(1969), 53 Cr. App. R. 412	170
R. v. L. (D.O.)	[1993] 4 S.C.R. 419	357
R. v. L. (W.K.)	[1989] B.C.J. No. 1700	231
R. v. Laba	[1994] 3 S.C.R. 965	75, 390, 1122
R. v. Lambert	(1994), 123 Nfld. & P.E.I.R. 347	1127
R. v. Landry	[1986] 1 S.C.R. 145	329, 349
R. v. Landry	(1993), 143 N.B.R. (2d) 183	1123
R. v. Lavallee	[1990] 1 S.C.R. 852	871, 1021
R. v. LeBeau	(1988), 41 C.C.C. (3d) 163	1087
R. v. Leblanc	(1993), 59 Q.A.C. 250	1127
R. v. Livermore	(1994), 18 O.R. (3d) 221	854
R. v. Logan	[1990] 2 S.C.R. 731	993
R. v. Lopes	(1988), 3 C.E.L.R. (N.S.) 78	1068

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309.....	47, 921
R. v. M. (M.L.)	[1994] 2 S.C.R. 3.....	855
R. v. Maccooh	[1993] 2 S.C.R. 802.....	349
R. v. Martineau.....	[1990] 2 S.C.R. 633.....	993
R. v. Matheson	[1994] 3 S.C.R. 328.....	227
R. v. McIntosh.....	[1995] 1 S.C.R. 686.....	997, 1049
R. v. McIntyre	[1995] N.B.J. No. 178 (QL).....	1128
R. v. McKenzie	(1955), 111 C.C.C. 317	1079
R. v. McKinlay Transport Ltd.	[1990] 1 S.C.R. 627.....	35, 313
R. v. Meddouï.....	(1990), 61 C.C.C. (3d) 345	264, 294
R. v. Mellenthin	[1992] 3 S.C.R. 615.....	234, 257, 293
R. v. Mena	(1987), 34 C.C.C. (3d) 304	1024
R. v. Mohl	[1989] 1 S.C.R. 1389.....	293
R. v. Morgentaler	(1985), 52 O.R. (2d) 353.....	1047, 1064
R. v. Morin	[1992] 1 S.C.R. 771	1108
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 S.C.R. 606.....	1041, 1065
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103.....	503, 558, 582, 671, 711, 1167
R. v. Osolin	[1993] 4 S.C.R. 595.....	847
R. v. P. (M.B.).....	[1994] 1 S.C.R. 555.....	145
R. v. Paquette	(1987), 38 C.C.C. (3d) 353	88
R. v. Park	[1995] 2 S.C.R. 836.....	1214
R. v. Pawlyk	(1991), 72 Man. R. (2d) 1.....	1124
R. v. Pétel	[1994] 1 S.C.R. 3.....	1021
R. v. Plant.....	[1993] 3 S.C.R. 281	353
R. v. Power.....	[1994] 1 S.C.R. 601.....	231
R. v. Pozniak	[1994] 3 S.C.R. 310.....	240
R. v. Primeau.....	[1995] 2 S.C.R. 60.....	12, 86, 94
R. v. Prosper.....	[1994] 3 S.C.R. 236.....	227, 257
R. v. Rahey.....	[1987] 1 S.C.R. 588.....	74, 942
R. v. Rao.....	(1984), 12 C.C.C. (3d) 97	351
R. v. Reddick.....	[1991] 1 S.C.R. 1086.....	854
R. v. Richards.....	(1994), 122 Nfld. & P.E.I.R. 89	1127
R. v. Robertson.....	[1987] 1 S.C.R. 918.....	861
R. v. Ross	[1989] 1 S.C.R. 3.....	233, 256
R. v. Royal Pacific Seafarms Ltd.....	(1989), 7 W.C.B. (2d) 355.....	1068
R. v. S. (R.J.).....	[1995] 1 S.C.R. 451.....	12, 43, 64, 66, 76, 83, 114, 118, 144, 234, 262, 292
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654.....	1166, 1214
R. v. Sang	[1980] A.C. 402.....	292
R. v. Satellite Construction Ltd.....	(1992), 8 C.E.L.R. (N.S.) 215.....	1068
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577.....	278, 921
R. v. Sherratt	[1991] 1 S.C.R. 509.....	170
R. v. Smith	[1987] 1 S.C.R. 1045.....	1057, 1090
R. v. Smith	[1989] 2 S.C.R. 1120.....	1109
R. v. Smith	(1992), 73 C.C.C. (3d) 285	1079

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Steel	[1993] O.J. No. 2563 (QL)	1127
R. v. Stellato	(1993), 78 C.C.C. (3d) 380	1079
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326	261
R. v. Strachan	[1988] 2 S.C.R. 980... 238, 275, 294, 326, 367	1127
R. v. Swain	[1991] 1 S.C.R. 933.....487, 600, 670, 729, 1166	1127
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613.....	240
R. v. Thompson	[1990] 2 S.C.R. 1111.....	322
R. v. Tremblay	[1987] 2 S.C.R. 435.....	293
R. v. Turpin	[1989] 1 S.C.R. 1296.....436, 487, 532, 544, 583, 671	1127
R. v. Vaillancourt	[1987] 2 S.C.R. 636.....	993
R. v. Vaillancourt	(1989), 49 C.C.C. (3d) 544	1126
R. v. Vermette	[1988] 1 S.C.R. 985.....	135
R. v. Ville de Sault Ste-Marie	[1978] 2 R.C.S. 1299.....	1043
R. v. Viscount	[1994] A.J. No. 145 (QL)	1127
R. v. W. (D.)	[1991] 1 S.C.R. 742.....	169
R. v. Warren	(1994), 128 Sask. R. 81.....	1127
R. v. Watson	(1993), 142 N.B.R. (2d) 327	1123
R. v. White	(1986), 24 C.C.C. (3d) 1	854
R. v. Whittle	[1994] 2 S.C.R. 914.....	292
R. v. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 S.C.R. 154..... 47, 1047, 1077	1127
R. v. Wiggins.....	[1990] 1 S.C.R. 62.....	265
R. v. Wigman	[1987] 1 S.C.R. 246.....	232, 398
R. v. Wiley	[1993] 3 S.C.R. 263.....	327, 341, 353
R. v. Winlaw	(1988), 13 M.V.R. (2d) 112	1079
R. v. Wise	[1992] 1 S.C.R. 527.....	333
R. v. Wray	[1971] S.C.R. 272	271, 292
R. v. Wurm.....	(1979), 24 A.R. 380.....	32
R. v. Young.....	(1993), 79 C.C.C. (3d) 559	344
R. v. Zundel.....	(1987), 58 O.R. (2d) 129.....	1087
Ramsey v. Pioneer Machinery Co.....	(1981), 37 C.B.R. (N.S.) 193	197
Rantzen v. Mirror Group Newspapers (1986) Ltd	[1993] 4 All E.R. 975.....	1195
Reference re Agricultural Products Marketing Act	[1978] 2 S.C.R. 1198.....	909
Reference re Alberta Statutes	[1938] S.C.R. 100.....	1172
Reference re B.C. Motor Vehicle Act.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	486, 993
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)	[1987] 1 S.C.R. 313.....	439
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123.....	504, 561
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	486, 993
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)	[1990] 1 R.C.S. 1123.....	504, 561
Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles.....	[1978] 2 R.C.S. 1198.....	909
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313.....	439
Riach v. Ferris	[1934] S.C.R. 725.....	890
Robinson and The Queen, Re.....	(1986), 28 C.C.C. (3d) 489	22

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Rockert v. The Queen.....	[1978] 2 S.C.R. 704.....	1083
Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario.....	[1990] 2 R.C.S. 232.....	508
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario.....	[1990] 2 S.C.R. 232.....	508
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	[1993] 3 R.C.S. 519.....	509
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General).....	[1993] 3 S.C.R. 519.....	509
Roots v. Carey.....	(1914), 49 S.C.R. 211.....	202
Roper v. Royal Victoria Hospital.....	[1975] 2 S.C.R. 62.....	48
Rosenblatt v. Baer.....	383 U.S. 75 (1966).....	1178
Rothman v. The Queen.....	[1981] 1 S.C.R. 640.....	251, 292
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 573.....	1159, 1214
S		
Sansregret v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 570.....	859
Schachter v. Canada.....	[1992] 2 S.C.R. 679.....	508, 571, 597, 734, 1047
Schachtschneider v. Canada.....	[1994] 1 F.C. 40.....	554
Schaff v. Canada.....	[1993] 2 C.T.C. 2695.....	652
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.....	[1986] 2 R.C.S. 573.....	1159, 1214
Seaboyer.....	[1991] 2 S.C.R. 577.....	921
Segura v. United States.....	468 U.S. 796 (1984).....	339, 352, 371
Semayne's Case.....	(1604), 5 Co. Rep. 91, 77 E.R. 194.....	319, 349
Shackleton v. Hayes.....	[1954] 4 D.L.R. 81.....	202
Silkin v. Beaverbrook Newspapers Ltd.....	[1958] 1 W.L.R. 743.....	1187
Skinner v. Oklahoma.....	316 U.S. 535 (1942).....	449
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038.....	1051
Smithers v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 506.....	1053
Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario).....	[1981] 2 S.C.R. 494.....	182
Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario).....	[1981] 2 R.C.S. 494.....	183
Sorochan v. Sorochan.....	[1986] 2 S.C.R. 38.....	458
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219.....	[1986] 1 S.C.R. 704.....	952
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219.....	[1986] 1 R.C.S. 704.....	952
Starr v. Houlden.....	[1990] 1 S.C.R. 1366.....	15, 132
State v. Jalo.....	557 P.2d 1359 (1976).....	923
Stevenson v. R.....	(1980), 19 C.R. (3d) 74.....	1083
Stickney v. Trusz.....	(1973), 2 O.R. (2d) 469.....	178
Stroble v. California.....	343 U.S. 181 (1952).....	165
Succession J.N. Gladden c. La Reine.....	[1985] 1 C.T.C. 163.....	822
Sudbrook Trading Estate Ltd. v. Eggleton.....	[1983] 1 A.C. 444.....	201
Sumitomo Shoji America, Inc. v. Avagliano.....	457 U.S. 176 (1982).....	832
Sun Life Assurance Co. of Canada v. Dalrymple.....	[1965] S.C.R. 302.....	1190
Sutcliffe v. Pressdram Ltd.....	[1990] 1 All E.R. 269.....	1199

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Sweeney v. Patterson	128 F.2d 457 (1942)	1172
Switzman v. Elbling	[1957] S.C.R. 285	1172
Symes v. Canada	[1993] 4 S.C.R. 695	437, 487, 532, 562, 585, 642, 669, 702, 730

T

Talbot v. Talbot	[1968] 1 Ch. 1	203
Taylor v. Despard	[1956] O.R. 963	1189
Telecommunications Workers Union c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)	[1995] 2 R.C.S. 781	774
Telecommunications Workers Union v. Canada (Radio-television and Telecommunications Commission)	[1995] 2 S.C.R. 781	774
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	[1991] 2 R.C.S. 22	592, 684, 730, 935
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)	[1991] 2 S.C.R. 22	592, 684, 730, 935
Texas v. Brown	103 S.Ct. 1535 (1983)	352
The Queen in Right of Manitoba v. Air Canada	[1980] 2 S.C.R. 303	112
The "Reward"	(1818), 2 Dods. 265, 165 E.R. 1482	1082
Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd.	(1994), 124 A.L.R. 1	1186
Thibaudeau v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 627	541
Thiel v. Federal Commissioner of Taxation	90 A.T.C. 4717	827
Thomson v. Thomson	[1994] 3 S.C.R. 551	832
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)	[1990] 1 R.C.S. 425	25, 43, 87, 234, 257, 290, 323, 354
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425	25, 43, 87, 234, 257, 290, 323, 354
Thorcon Enterprises Ltd. v. West Vancouver (District)	(1987), 20 B.C.L.R. (2d) 259	901
Thorcon Enterprises Ltd. v. West Vancouver (District)	[1988] B.C.J. No. 323 (QL)	901
Thornhill v. Alabama	310 U.S. 88 (1940)	1090
Thornton v. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)	[1978] 2 S.C.R. 267	1197
Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation & Research, Re	(1985), 25 D.L.R. (4th) 202	22
Transvision (Magog) Inc. v. Bell Canada	[1975] CTC 463	753
Treen v. Treen	(1991), 88 Sask. R. 278	668
Tremblay v. Daigle	[1989] 2 S.C.R. 530	113
Tyrell v. Painton	[1894] P. 151	888

U

U.E.S., Local 298 v. Bibeault	[1988] 2 S.C.R. 1048	753
-------------------------------------	----------------------------	-----

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
United States v. Edwards.....	602 F.2d 458 (1979).....	353
United States v. Mabry.....	809 F.2d 671 (1987).....	353, 373
United States v. Riley.....	968 F.2d 422 (1992).....	353
United States v. Santana.....	427 U.S. 38 (1976).....	338
United States v. Stuart.....	489 U.S. 353 (1989).....	822
United States of America v. Cotroni.....	[1989] 1 S.C.R. 1469.....	347, 486, 532, 1173
Utah Mines Ltd. v. The Queen.....	92 D.T.C. 6194.....	823

V

Ventouris v. Mountain.....	[1991] 3 All E.R. 472.....	32
Veysey v. Canada (Correctional Service).....	(1989), 44 C.R.R. 364.....	602
Vézeau v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 277.....	401
Vogel v. Canadian Broadcasting Corp.	[1982] 3 W.W.R. 97.....	1179
Vriend v. Alberta.....	(1994), 152 A.R. 1.....	602

W

Wainwright v. Vancouver Shipyards Co.	(1987), 38 D.L.R. (4th) 760.....	956
Walker v. CFTO Ltd.	(1987), 59 O.R. (2d) 104.....	1194
Watts v. Centennial Insurance Co.	(1967), 62 W.W.R. 175.....	1083
Weatherall c. Canada (Procureur général).....	[1993] 2 R.C.S. 872.....	438, 487, 551, 603
Weatherall v. Canada (Attorney General).....	[1993] 2 S.C.R. 872.....	438, 487, 551, 603
Weber v. Ontario Hydro.....	[1995] 2 R.C.S. 929.....	969
Willick v. Willick.....	[1994] 3 S.C.R. 670.....	657, 720
Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.	[1951] S.C.R. 887.....	112

Y

Yanover and Kiroff and The Queen, Re.....	(1974), 6 O.R. (2d) 478.....	182
Young v. Young.....	[1993] 4 S.C.R. 3.....	693

Z

Zablocki v. Redhail.....	434 U.S. 374 (1978).....	449
Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)	[1992] 2 R.C.S. 321.....	456
Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)	[1992] 2 S.C.R. 321.....	456

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
C		I	
Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5		Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63	
s. 5.....	60, 78, 97	s. 56(1)(b).....	627
s. 5(2).....	3	s. 60(b).....	627
Canadian Charter of Rights and Freedoms		Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 218	
s. 1.....	97, 418, 513, 627	s. 231.....	418
s. 2(b).....	405	s. 233.....	418
s. 6.....	405		
s. 7.....	3, 60, 78, 97, 405	L	
s. 8.....	3, 97, 297	Labour Relations Act, R.S.O. 1990, c. L.2	
s. 10(b).....	206	s. 45(1).....	929
s. 11(b).....	1104		
s. 11(c).....	97	N	
s. 11(d).....	97	Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1	
s. 13.....	3, 60, 78, 97	s. 10.....	297
s. 15.....	418, 513, 627	s. 12.....	297
s. 24(1).....	60, 78, 97	National Telecommunications Powers and Procedures Act, R.S.C., 1985, c. N-20	
s. 24(2).....	206, 297	s. 66.....	781
s. 32(1).....	1130	s. 68(1).....	739
s. 276.....	912	s. 72.....	781
Conditional Sales Act, R.S.N.S. 1989, c. 84		s. 74.....	781
s. 2(1)(b)(ii).....	187		
Coal Mines Regulation Act, R.S.N.S. 1989, c. 73		O	
s. 67(e).....	97	Occupational Health and Safety Act, R.S.N.S. 1989, c. 320.....	97
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46		Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9	
s. 21.....	973	s. 2.....	513
s. 265.....	836	s. 19.....	513
s. 674.....	381		
s. 686(1)(b)(iii).....	206	P	
s. 691.....	381	Public Accounting and Auditing Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-28	
s. 693.....	381	s. 14(1).....	405
s. 784(1).....	60, 78	Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1989, c. 372	
		s. 5.....	97
E			
Environmental Protection Act, R.S.O. 1980, c. 141			
s. 13(1)(a).....	1031		

	PAGE		PAGE
Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25		S	
s. 92(1).....	967	Securities Act, S.B.C. 1985, c. 83 art. 128(1)	3
		Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26 s. 40(1).....	60, 78, 381
		R	
Railway Act, R.S.C. 1985, c. R-3			
s. 335.....	739		
s. 340.....	739		
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/ 83-74			
r. 29.....	381		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
Charte canadienne des droits et libertés		Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications, L.R.C. (1985), ch. N-20	
art. 1.....	97, 418, 513, 627	art. 66.....	781
art. 2b).....	405	art. 68(1).....	739
art. 6.....	405	art. 72.....	781
art. 7.....	3, 60, 78, 97, 405	art. 74.....	781
art. 8.....	3, 97, 297	Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25	
art. 10b).....	206	art. 92(1).....	967
art. 11b).....	1104	Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26	
art. 11c).....	97	art. 40(1).....	60, 78, 381
art. 11d).....	97	Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5	
art. 13.....	3, 60, 78, 97	art. 5.....	60, 78, 97
art. 15.....	418, 513, 627	art. 5(2).....	3
art. 24(1).....	60, 78, 97	Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. 1980, ch. 141	
art. 24(2).....	206, 297	art. 13(1)a).....	1031
art. 32(1).....	1130	Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9	
art. 276.....	912	art. 2.....	513
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46		art. 19.....	513
art. 21.....	973	Loi sur les assurances, L.R.O. 1980, ch. 218	
art. 265.....	836	art. 231.....	418
art. 674.....	381	art. 233.....	418
art. 686(1)b)(iii).....	206	Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), ch. R-3	
art. 691.....	381	art. 335.....	739
art. 693.....	381	art. 340.....	739
art. 784(1).....	60, 78	Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1990, ch. L.2	
Coal Mines Regulation Act, R.S.N.S. 1989, ch. 73		art. 45(1).....	929
art. 67e).....	97	Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1	
Conditional Sales Act, R.S.N.S. 1989, ch. 84		art. 10.....	297
art. 2(1)b)(ii).....	187	art. 12.....	297
L			
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63			
art. 56(1)b).....	627		
art. 60b).....	627		

	PAGE		PAGE
O		R	
Occupational Health and Safety Act, R.S.N.S. 1989, ch. 320.....	97	Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/ 83-74 art. 29.....	381
P		S	
Public Accounting and Auditing Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-28 art. 14(1).....	405	Securities Act, S.B.C. 1985, ch. 83 art. 128(1).....	3
Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1989, ch. 372 art. 5.....	97		

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Abella, Rosalie Silberman. <i>Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi</i> . Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1984	544
Abella, Rosalie Silberman. <i>Report of the Commission on Equality in Employment</i> . Ottawa: Supply and Services Canada, 1984	544
Alberta. Law Reform Institute. Report No. 62. <i>Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act</i> . Edmonton: The Institute, 1992	137
American Law Institute. <i>Federal Income Tax Project — International Aspects of United States Income Taxation II — Proposals on United States Income Tax Treaties</i> . Philadelphia: The Institute, 1992.....	828
Arnold, Brian J., and Timothy W. Edgar, eds. <i>Materials on Canadian Income Tax</i> , 9th ed. Don Mills: Richard De Boo, 1990	827
Australia. Law Reform Commission. Report No. 11. <i>Unfair Publication: Defamation and Privacy</i> . Canberra: Australian Government Publishing Service, 1979.....	1186
Barrett, David A. "Declaratory Judgments for Libel: A Better Alternative" (1986), 74 <i>Cal. L. Rev.</i> 847	1183
Barron, Jerome A. "Access to the Press — A New First Amendment Right" (1966-67), 80 <i>Harv. L. Rev.</i> 1641	1183
Bayefsky, Anne F. "A Case Comment on the First Three Equality Rights Cases Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Andrews, Workers' Compensation Reference, Turpin" (1990), 1 <i>Supreme Court L.R.</i> (2d) 503	559
Bezanson, Randall P. "Libel Law and the Realities of Litigation: Setting the Record Straight" (1985), 71 <i>Iowa L. Rev.</i> 226	1182
Blom-Cooper, Sir Louis. "Public Inquiries" (1993), 46 <i>Cur. Leg. Prob.</i> 204.....	162
Boidman, Nathan, L. Frank Chopin and Alan W. Granwell. "Tax Effects for Canadians of the New U.S. Code and Treaty Residency Rules (Part Two)" (1985), <i>Tax Mgmt. Int'l J.</i> 183	828
Bollinger, Lee C. "The End of New York Times v Sullivan: Reflections on Masson v New Yorker Magazine", [1991] <i>Sup. Ct. Rev.</i> 1	1183
Brown, Raymond E. <i>The Law of Defamation in Canada</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 (loose-leaf)	1177
Bryant, Alan W., Marc Gold, H. Michael Stevenson and David Northrup. "Public Attitudes Toward the Exclusion of Evidence: Section 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1990), 69 <i>Can. Bar Rev.</i> 1.....	254, 288

Bryant, Alan W., Marc Gold, H. Michael Stevenson and David Northrup. "Public support for the Exclusion of Unconstitutionally Obtained Evidence" (1990), 1 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 555.....	254, 288
Butler, Andrew S. "A Presumption of Statutory Conformity with the <i>Charter</i> " (1993), 19 <i>Queen's L.J.</i> 209	1070
Cameron, James M. <i>The Pictonian Colliers</i> . Halifax: Nova Scotia Museum, 1974	140
Cameron, Jamie. "Comment: The Constitutional Domestication of our Courts — Openness and Publicity in Judicial Proceedings under the Charter". In Philip Anisman and Allen M. Linden, eds., <i>The Media, the Courts and the Charter</i> . Toronto: Carswell, 1986, 331	162
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales. <i>Procès-verbaux et témoignages</i> , 12 juin 1975, p. 25:7	534, 606
Canada. Chambre des communes. Projet de loi C-45, <i>Loi modifiant la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, le Code criminel, la Loi sur le casier judiciaire, la Loi sur les prisons et les maisons de correction et la Loi sur le transfèrement des délinquants</i> , 1 ^{re} sess., 35 ^e lég., 1994 (1 ^{re} lecture le 21 juin 1994), art. 70, 71	1128
Canada. Chambre des communes. Sous-comité sur les droits à l'égalité. <i>Égalité pour tous: Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1985.....	600
Canada. Commission d'enquête. <i>Rapport de la commission d'enquête sur l'explosion au charbonnage n° 26 de Glace Bay, Nouvelle-Écosse, le 24 février 1979</i> . R. H. Elfstrom, commissaire. Ottawa: La Commission, 1979	141
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 17. <i>Droit administratif: les commissions d'enquête</i> . Ottawa: La Commission, 1977	137
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 44. <i>Les crimes contre l'environnement</i> . Ottawa: La Commission, 1985	1072
Canada. Commission of Inquiry: <i>Report of Commission of Inquiry, Explosion in No. 26 Colliery, Glace Bay, Nova Scotia, on February 24, 1979</i> . R. H. Elfstrom, Commissioner. Ottawa: The Commission, 1980	141
Canada. Commission of Inquiry. <i>Report to the Minister of Labour in the Matter of an Inquiry under Section 86 of the Canada Labour Code Concerning a Fire on June 19, 1975 in the No. 26 Colliery at Glace Bay, Nova Scotia</i> . Keith E. Eaton, Commissioner. Halifax: The Commission, 1976.....	141
Canada. Department of Justice. Bureau of Review. <i>Evaluation of the Divorce Act — Phase II: Monitoring and Evaluation</i> . Ottawa: Department of Justice, 1990	723
Canada, Department of Labour, Mine Safety Office, and Nova Scotia, Department of Mines and Energy. Report of Investigation into Mine Rescue Operations at No. 26 Colliery Fire on April 5, 1984.....	142
Canada. Department of National Revenue. Taxation. Interpretation Bulletin IT-307R2, "Registered Retirement Savings Plan for Taxpayer's Spouse", July 12, 1984.....	644
Canada. House of Commons. Bill C-45, <i>An Act to amend the Corrections and Conditional Release Act, the Criminal Code, the Criminal Records Act, the Prisons and Reformatories Act and the Transfer of Offenders Act</i> , 1st Sess., 35th Parl., 1994 (1st reading June 21, 1994), ss. 70, 71	1128
Canada. House of Commons. Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs. <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , June 12, 1975, p. 25:7.....	534, 606
Canada. House of Commons. Sub-Committee on Equality Rights. <i>Equality For All: Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1985	600
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 17. <i>Administrative Law: Commissions of Inquiry</i> . Ottawa: The Commission, 1977	137
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 44. <i>Crimes Against the Environment</i> . Ottawa: The Commission, 1985.....	1072

Canada. Ministère de la Justice. Bureau de l'examen. <i>Évaluation de la Loi sur le divorce — Étape II: Contrôle et évaluation</i> . Ottawa: Ministère de la Justice, 1990.....	723
Canada. Ministère du Revenu national. Impôt. Bulletin d'interprétation IT-307R2, «Régime enregistré d'épargne-retraite pour le conjoint d'un contribuable», 12 juillet 1984.....	644
Canadian Daily Newspaper Association. Response to A Consultation Draft of the General Limitations Act (September 1991)	1187
Canadian Institute for Research and the Steering Committee. <i>Matrimonial Support Failures: Reasons, Profiles and Perceptions of Individuals Involved</i> . Edmonton: Institute of Law Research and Reform, 1981	723
<i>Carter-Ruck on Libel and Slander</i> , 4th ed. By Peter F. Carter-Ruck, Richard Walker and Harvey N. A. Starte. London: Butterworths, 1992	1175
Chambers, David L. <i>Making Fathers Pay: The Enforcement of Child Support</i> . Chicago: University of Chicago Press, 1979.....	723
Christie, George C. "Injury to Reputation and the Constitution: Confusion Amid Conflicting Approaches" (1976), 75 <i>Mich. L. Rev.</i> 43	1161
Colvin, Eric. <i>Principles of Criminal Law</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991	995
Comité fédéral/provincial/territorial sur le droit de la famille. <i>Les incidences économiques des règles de fixation des pensions alimentaires pour enfants: rapport de recherche</i> . Ottawa: Le Comité, mai 1992	712
<i>Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 1989 "court".....	939
Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada (1921), 6 Proceedings of the Canadian Bar Association 338	196
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 2 ^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.....	1050, 1081
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991 ...	684
Cuming, R. C. C. "True Leases and Security Leases under Canadian Personal Property Security Acts" (1983), 7 <i>Can. Bus. L.J.</i> 251	196
<i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. I, 1 ^{re} sess., 31 ^e lég., le 22 octobre 1979, p. 476	575
<i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. V, 3 ^e sess., 19 ^e Lég., 17 juillet 1942, pp. 4505 et 4506.....	709
Deslisle, R. J. "Collins: An Unjustified Distinction" (1987), 56 C.R. (3d) 216	287
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983	1050
<i>Driedger on the Construction of Statutes</i> , 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994	1082
Duclos, Nitya. "An Argument for Legal Recognition of Same Sex Marriage". In Carol Rogerson, <i>Family Law Cases and Materials 1991-92</i> , vol. I. Faculty of Law, University of Toronto.....	616
Durnford, John W., and Stephen J. Toope. "Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation" (1994), 42 <i>Can. Tax J.</i> 1.....	603
Dwyer, Blair P., and James Cantillon Ross. "Canada — Recent Cases Concerning Withholding Tax" (1992), 19 <i>Tax Plan. Int'l Rev.</i> 29	830
Edwardes-Ker, Michael. Case Comment. <i>International Tax Treaties Service</i> . Dublin: In-Depth Publishing Ltd., 1993.....	819
Edwards, J. Ll. J. "Compulsion, Coercion and Criminal Responsibility" (1951), 14 <i>Mod. L. Rev.</i> 297.....	988
Eichler, Margrit. <i>Families in Canada Today: Recent Changes and Their Policy Consequences</i> , 2nd ed. Toronto: Gage, 1988	616
Eichler, Margrit. "The Limits of Family Law Reform or, The Privatization of Female and Child Poverty" (1991), 7 <i>C.F.L.Q.</i> 59	723

Epstein, Richard A. "Was <i>New York Times v. Sullivan</i> Wrong?" (1986), 53 <i>U. Chi. L. Rev.</i> 782	1182
Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee. <i>The Financial Implications of Child Support Guidelines: Research Report</i> . Ottawa: The Committee, May 1992	712
Fletcher, George, P. <i>Rethinking Criminal Law</i> . Boston: Little, Brown, 1978	1015
Freeman, Michael D. A., and Christina M. Lyon. <i>Cohabitation without Marriage</i> . Aldershot, Hants., England: Gower, 1983	450
<i>Gatley on Libel and Slander</i> , 8th ed. By Philip Lewis. London: Sweet & Maxwell, 1981	1190
<i>Gatley on Libel and Slander in a Civil Action: With Precedents of Pleadings</i> , 4th ed. By Richard O'Sullivan. London: Sweet & Maxwell, 1953	1174
Gibson, Dale. "Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing" (1991), 29 <i>Alta. L. Rev.</i> 772	436, 546
Gibson, Dale. "Equality for Some" (1991), 40 <i>U.N.B.L.J.</i> 2.....	546
Gibson, Dale. <i>The Law of the Charter: Equality Rights</i> . Toronto: Carswell, 1990	546
Grange, S. G. M. "How Should Lawyers and the Legal Profession Adapt?" In A. Paul Pross, Innis Christie and John A. Yogis, eds., <i>Commissions of Inquiry</i> (1990), 12 <i>Dalhousie L.J.</i> 151.....	138
Great Britain. Advisory Group on the Law of Rape. <i>Report of the Advisory Group on the Law of Rape</i> . London: HMSO, 1975.....	865
Hafen, Bruce C. "The Constitutional Status of Marriage, Kinship, and Sexual Privacy — Balancing the Individual and Social Interests" (1983), 81 <i>Mich. L. Rev.</i> 463	451
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 10, 3rd ed. London: Butterworths, 1955.....	350
Hart, H. L. A. <i>Punishment and Responsibility</i> . Oxford: Clarendon Press, 1968.....	1019
Hawreluk, David. "The Lawyer's Duty to Himself and the Code of Professional Conduct" (1993), 27 <i>L. Soc. Gaz.</i> 119.....	1178
Hentoff, Nat. "Profiles: The Constitutionalist", <i>The New Yorker</i> , March 12, 1990, 45.....	344
Hoegg Ryan, Judith. <i>Coal in Our Blood</i> . Halifax: Formac, 1992.....	140
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985.....	484
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992	573
Holland, Winifred H. "Marriage and Cohabitation — Has the Time Come to Bridge the Gap?". In <i>Family Law: Roles, Fairness and Equality</i> , Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993. Scarborough: Carswell, 1994, 369	472
Horder, Jeremy. "Autonomy, Provocation and Duress", [1992] <i>Crim. L.R.</i> 706	1012
<i>House of Commons Debates</i> , vol. I, 1st Sess., 31st Parl., October 22, 1979, p. 476	575
<i>House of Commons Debates</i> , vol. V, 3rd sess., 19th Parl., July 17, 1942, pp. 4360-61	709
Institut Vanier de la famille. <i>Profil des familles canadiennes</i> . Ottawa: Institut Vanier de la famille, 1994....	587
Ireland. Law Reform Commission. <i>Report on the Civil Law of Defamation</i> . Dublin: Law Reform Commission, 1991	1186
Isenbergh, Joseph. <i>International Taxation: U.S. Taxation of Foreign Taxpayers and Foreign Income</i> , vol. I. Boston: Little, Brown & Co., 1990.....	821
Iyer, Nitya. "Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity" (1993), 19 <i>Queen's L.J.</i> 179	562
Jadach, Christina L. "Pre-enforcement Constitutional Challenges to Legislation after <i>Hoffman Estates</i> : Limiting the Vagueness and Overbreadth Doctrines" (1983), 20 <i>Harv. J. on Legis.</i> 617	1089

Keyes, John Mark. <i>Executive Legislation: Delegated Law Making by the Executive Branch</i> . Toronto: Butterworths, 1992.....	900, 906
La Forest, G. V. "Delegation of Legislative Power in Canada" (1975), 21 <i>McGill L.J.</i> 131	908
La Forest, G. V. "Filing under the Conditional Sales Act: Is It Notice to Subsequent Purchasers?" (1958), 36 <i>Can. Bar Rev.</i> 387.....	194
La Novara, Pina. <i>A Portrait of Families in Canada</i> . Ottawa: Statistics Canada, 1993	710
La Novara, Pina. <i>Un portrait des familles au Canada</i> . Ottawa: Statistiques Canada, 1993	710
Le Dain, Gerald E. "The Role of the Public Inquiry in our Constitutional System". In Jacob S. Ziegel, ed., <i>Law and Social Change</i> . Toronto: Osgoode Hall Law School, York University, 1973, 79	139
Lepofsky, M. David. "Making Sense of the Libel Chill Debate: Do Libel Laws 'Chill' the Exercise of Freedom of Expression?" (1994), 4 <i>N.J.C.L.</i> 169	1178
Lepofsky, M. David. "The Canadian Judicial Approach to Equality Rights: Freedom Ride or Rollercoaster?" (1992), 1 <i>N.J.C.L.</i> 315	544
Leval, Pierre N. "The No-Money, No-Fault Libel Suit: Keeping <i>Sullivan</i> in its Proper Place" (1988), 101 <i>Harv. L. Rev.</i> 1287.....	1183
Lewis, Anthony. " <i>New York Times v. Sullivan</i> Reconsidered: Time to Return to 'The Central Meaning of the First Amendment'" (1983), 83 <i>Colum. L. Rev.</i> 603.....	1183
London, Martin. "The 'Muzzled Media': Constitutional Crisis or Product Liability Scam?". In <i>At What Price? Libel Law and Freedom of the Press</i> . New York: Twentieth Century Fund, 1993.....	1183
Macdonell, Ian McLean. <i>Macdonell, Sheard and Hull on Probate Practice</i> , 3rd ed. By Rodney Hull and Maurice C. Cullity. Toronto: Carswell, 1981	888
Macleon, Mavis, and John M. Eekelaar. "The Economic Consequences of Divorce for Families with Children". In John M. Eekelaar and Sanford N. Katz, eds., <i>The Resolution of Family Conflicts: Comparative Legal Perspectives</i> . Toronto: Butterworths, 1984, 488	723
McLellan, A. Anne and Bruce P. Elman. "The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Analysis of Section 24" (1983), 21 <i>Alta. L. Rev.</i> 205	292
McLellan, A. Anne, and Bruce P. Elman. "To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32" (1986), 24 <i>Alta. L. Rev.</i> 361.....	1160
McLindon, James B. "Separate But Unequal: The Economic Disaster of Divorce for Women and Children" (1987), 21 <i>Fam. L.Q.</i> 351.....	723
Mewett, Alan W., and Morris Manning. <i>Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.....	996
Mewett, Alan W., and Morris Manning. <i>Mewett & Manning on Criminal Law</i> , 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994	992
Minow, Newton N., and Fred H. Cate. "Who Is an Impartial Juror in an Age of Mass Media?" (1991), 40 <i>American Univ. L. Rev.</i> 631	167
Morissette, Yves-Marie. "The Exclusion of Evidence under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: What to Do and What Not to Do" (1984), 29 <i>McGill L.J.</i> 521.....	252, 287
Nations Unies. Commission mondiale pour l'environnement et le développement. Groupe d'experts du droit de l'environnement. Rapport du groupe d'experts du droit de l'environnement de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement (CMED). <i>Principes juridiques proposés pour la protection de l'environnement et un développement durable</i> . N.U. Doc. CMED/86/23/Add. 1 (1986), A/42/427, annexe I. Dans Edith Brown Weiss, Danile Barstow Magraw et Paul C. Szasz, dir., <i>International Environmental Law: Basic Instruments and References</i> . Dobbs Ferry, N.Y.: Transnational Publishers, Inc., 1992.....	1085

Nova Scotia. Royal Commission on the Springhill Mine Explosion. <i>Report of the Royal Commission Appointed to Inquire into the Explosion and Fire in No. 4 Mine at Springhill, N.S. on the 1st Day of November, 1956</i> . Halifax: Queen's Printer, 1957.....	141
Nova Scotia. Royal Commission on the Upheaval or Fall in No. 2 Mine, Springhill. <i>Report of the Royal Commission Appointed to Inquire into the Upheaval or Fall or other Disturbance Sometimes Referred to as a Bump in No. 2 Mine at Springhill, in the County of Cumberland, Province of Nova Scotia, Operated by the Cumberland Railway and Coal Company, on the 23rd Day of October, A.D. 1958</i> . Halifax: Province of Nova Scotia, 1958.....	141
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on Public Inquiries</i> . Toronto: The Commission, 1992.....	137
Organisation de coopération et de développement économiques. Comité des affaires fiscales de l'OCDE. <i>Modèle de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune</i> . Paris: Organisation de coopération et de développement économiques, 1977.....	827
Organisation for Economic Co-operation and Development. OECD Committee on Fiscal Affairs. <i>Model Double Taxation Convention on Income and on Capital</i> . Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 1977.....	827
<i>Oxford English Dictionary</i> , 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "purpose".....	995
Paciocco, David M. "The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule" (1990), 32 <i>Crim. L.Q.</i> 326.....	253, 287
Pask, E. Diane, and M. L. McCall, eds., <i>How Much and Why? Economic Implications of Marriage Breakdown: Spousal and Child Support</i> . Calgary: Canadian Research Institute for Law and the Family, 1989	723
Penney, Steven M. "Unreal Distinctions: The Exclusion of Unfairly Obtained Evidence Under s. 24(2) of the Charter" (1994), 32 <i>Alta. L. Rev.</i> 782.....	287
Perell, Paul M. "Options, Rights of Repurchase and Rights of First Refusal as Contracts and as Interests in Land" (1991), 70 <i>Can. Bar Rev.</i> 1.....	200
Peters, Victor. "Resident (Article 4)", in International Fiscal Association, Canadian Branch, <i>Special Seminar on Analysis of Canada's Tax Conventions and Comparison to the O.E.C.D. Model Double Taxation Convention</i> . Toronto: Richard De Boo, 1979.....	831
Petersen, Cynthia. "A Queer Response to Bashing: Legislating Against Hate" (1991), 16 <i>Queen's L.J.</i> 237	600
Québec. Commission des droits de la personne. Comité de consultation. <i>De l'illégalité à l'égalité: Rapport de la consultation publique sur la violence et la discrimination envers les gais et lesbiennes</i> . Montréal: La Commission, 1994.....	601
Quigley, Tim and Eric Colvin, "Developments in Criminal Law and Procedure: The 1988-89 Term" (1990), 1 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 187.....	287
Ratushny, Ed. «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle». Dans Gérald-A. Beaudoin et Ed Ratushny, dir., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 2 ^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 503.....	65, 145
Ratushny, Ed. "The Role of the Accused in the Criminal Process". In Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989, 451.....	65, 145
Reid, Alan D., and Alison Harvison Young. "Administrative Search and Seizure Under the Charter" (1985), 10 <i>Queen's L.J.</i> 392.....	36
Robert, Paul. <i>Le Petit Robert 1</i> . Paris: Dictionnaires Le Robert, 1990, "tribunal".....	940
Rosenthal, Peter. "Duress in the Criminal Law" (1989-90), 32 <i>Crim. L.Q.</i> 199.....	988
<i>Salmond and Heuston on the Law of Torts</i> , 20th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1992.....	1189
Smith, Carolyn Gibson. "Proud but Cautious": <i>Homophobic Abuse and Discrimination in Nova Scotia</i> . Nova Scotia Public Interest Research Group, July 1994.....	600

Smith, C. Lynn. "Judicial Interpretation of Equality Rights Under the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> : Some Clear and Present Dangers" (1988), 23 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 65.....	542
Smith, John Cyril, and Brian Hogan. <i>Criminal Law</i> , 7th ed. London: Butterworths, 1992.....	996
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1992.....	233, 273
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.....	1003
Tanovich, David M. "Can the Improper Admission of Evidence Under the <i>Charter</i> Ever be Cured?" (1994), 32 <i>C.R.</i> (4th) 82.....	243
Tremblay, Richard G. "Crown Forest — Tax Treaty Interpretation Bonanza" (1994), 4 <i>Can. Curr. Tax C41</i>	826
United Kingdom. <i>Report of the Committee on Defamation</i> . London: H.M.S.O., 1975.....	1186
United Nations. World Commission on Environmental and Development. Experts Group on Environmental Law. Report of the Experts Group on Environmental Law of the World Commission on Environment and Development (WCED). <i>Legal Principles for Environmental Protection and Sustainable Development</i> . U.N. Doc. WCED/86/23/Add. 1 (1986), A/42/427, Annex I. In Edith Brown Weiss, Danile Barstow Magraw and Paul C. Szasz, eds. <i>International Environmental Law: Basic Instruments and References</i> . Dobbs Ferry, N.Y.: Transnational Publishers, Inc., 1992.....	1085
United States of America. Senate. Committee on Foreign Relations. Report of the Committee on Foreign Relations United States Senate on Executive T, 96th Congress, 2d Session, Tax Convention with Canada. <i>Tax Convention and Proposed Protocols with Canada</i> . Washington: U.S. Government Printing Office, 1984.....	823
Vandervort, Lucinda. "Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea" (1987-88), 2 <i>C.J.W.L.</i> 233.....	866
Vanier Institute of the Family. <i>Profiling Canada's Families</i> . Ottawa: Vanier Institute of the Family, 1994	589
Veeder, Van Vechten. "The History and Theory of the Law of Defamation" (1903), 3 <i>Colum. L. Rev.</i> 546	1176
Vogel, Klaus. <i>Klaus Vogel on Double Taxation Conventions</i> . Deventer, The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991.....	821
Waddams, S. M. <i>The Law of Damages</i> , 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1991 (loose-leaf).....	1208
Ward, David A. "Principles To Be Applied in Interpreting Tax Treaties" (1977), 25 <i>Can. Tax J.</i> 263.....	822
Warren, Earl. "The Law and the Future", in <i>Fortune</i> (November 1955), 106.....	75
Weitzman, Lenore J. <i>The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America</i> . New York: Free Press, 1985.....	723
Weston, Ruth E. "Changes in Household Income Circumstances". In Peter McDonald, ed., <i>Settling Up: Property and Income Distribution on Divorce in Australia</i> . Sydney: Prentice-Hall, 1986, 100.....	723
Wiener, Robin D. "Shifting the Communication Burden: A Meaningful Consent Standard in Rape" (1983), 6 <i>Harv. Women's L.J.</i> 143.....	865
Williams, Glanville. <i>Textbook of Criminal Law</i> , 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.....	999
Williams, R. James. "Quantification of Child Support" (1989), 18 <i>R.F.L.</i> (3d) 234.....	723
Wishik, Heather Ruth. "Economics of Divorce: An Exploratory Study" (1986), 20 <i>Fam. L.Q.</i> 79.....	723
Wright, Cecil A. "Wills — Testamentary Capacity — 'Suspicious Circumstances' — Burden of Proof" (1938), 16 <i>Can. Bar Rev.</i> 405.....	885
Ziegel, Jacob S. "Uniformity of Legislation in Canada: The Conditional Sales Experience" (1961), 39 <i>Can. Bar Rev.</i> 165.....	194
Zweibel, Ellen B. " <i>Thibaudeau v. R.</i> : Constitutional Challenge to the Taxation of Child Support Payments" (1994), 4 <i>N.J.C.L.</i> 305.....	656

Zweibel, Ellen B., and Richard Shillington. *Child Support Policy: Income Tax Treatment and Child Support Guidelines*. Toronto: Policy Research Centre on Children, Youth and Families, 1993..... 650

**Compagnie minière Québec
Cartier Appellant**

v.

**United Steelworkers of America, Local
6869 Respondent**

and

René Lippé Mis en cause

**INDEXED AS: CIE MINIÈRE QUÉBEC CARTIER v. QUÉBEC
(GRIEVANCES ARBITRATOR)**

File No.: 23960.

1995: May 5; 1995: July 20.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUÉBEC**

Labour law — Labour relations — Arbitrator — Jurisdiction — Employee dismissed for absences due to alcoholism — Employee's successful alcohol treatment undergone after dismissal relied upon by arbitrator to annul dismissal — Whether arbitrator could in ruling on dismissal grievance consider evidence concerning events which occurred after employer's decision to dismiss employee.

A company dismissed one of its employees because he had a serious alcohol problem which caused him to miss work repeatedly. On several occasions, sanctions had been reduced in exchange for promises by the employee that he would seek treatment for his problem. He never did. Following the dismissal, the union filed a grievance pursuant to the collective agreement, and the employee underwent a treatment program for alcoholism. The arbitrator found that the company had been justified in dismissing its employee at the time it had done so but that, in light of the subsequent successful treatment, it would be appropriate to annul his dismissal and order his reinstatement. The Superior Court granted the company's motion in evocation and quashed the arbitrator's decision. The majority of the Court of Appeal allowed the union's appeal and restored the arbitrator's decision.

**Compagnie minière Québec
Cartier Appelante**

c.

**Métallurgistes unis d'Amérique, section
locale 6869 Intimé**

et

René Lippé Mis en cause

**RÉPERTORIÉ: CIE MINIÈRE QUÉBEC CARTIER c. QUÉBEC
(ARBITRE DES GRIEFS)**

N° du greffe: 23960.

1995: 5 mai; 1995: 20 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit du travail — Relations de travail — Arbitre — Compétence — Employé congédié pour cause d'absentéisme dû à l'alcoolisme — Arbitre annulant le congédiement en s'appuyant sur la réussite de la cure de désintoxication suivie par l'employé après avoir été congédié — L'arbitre qui statue sur un grief relatif au congédiement d'un employé peut-il considérer la preuve d'événements survenus après le congédiement?

Une compagnie a congédié l'un de ses employés aux prises avec un grave problème d'alcoolisme qui constituait chez lui une cause d'absentéisme fréquent. Les sanctions prises ont été, à maintes occasions, réduites moyennant promesse de l'employé de suivre une cure de désintoxication, promesse qu'il n'a jamais tenue. À la suite du congédiement, le syndicat a déposé un grief conformément à la convention collective, et l'employé a suivi une cure de désintoxication. L'arbitre a conclu que la compagnie avait été justifiée de congédier son employé à l'époque, mais que, compte tenu du résultat positif du traitement subséquent, il conviendrait d'annuler le congédiement de l'employé et d'ordonner sa réintégration. La Cour supérieure a fait droit à la requête en évocation de la compagnie et a annulé la décision de l'arbitre. La Cour d'appel a, dans un arrêt majoritaire, accueilli l'appel du syndicat et rétabli la décision de l'arbitre.

Held: The appeal should be allowed.

The arbitrator in this case exceeded his jurisdiction in relying on subsequent-event evidence as grounds for annulling the dismissal. In reviewing the company's decision to dismiss an employee, an arbitrator is required to determine whether or not the company had "just and sufficient cause" for dismissing the employee at the time that it did so. In his ruling, the arbitrator can rely on subsequent-event evidence but only where it is relevant to the issue before him, i.e., where such evidence helps to shed light on the reasonableness and appropriateness of the dismissal at the time that it was implemented. Where, as here, the arbitrator concludes that the dismissal was justified at the time, he cannot, without exceeding his jurisdiction, then annul it on the sole ground that subsequent events render such an annulment fair and equitable. The arbitrator had no jurisdiction to provide the employee with one last chance, in effect imposing on the company an obligation not found in the collective agreement to rehire an employee who successfully undergoes an alcohol treatment program after being justly dismissed as a result of an alcohol problem.

Cases Cited

Referred to: *Commission scolaire de Sept-Îles v. Morin* (1993), 59 Q.A.C. 194.

Statutes and Regulations Cited

Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 101 [am. 1983, c. 22, s. 77], 139 [repl. 1982, c. 16, s. 5; am. 1983, c. 22, s. 93; am. 1985, c. 12, s. 93; am. 1990, c. 4, s. 232], 139.1 [ad. 1982, c. 16, s. 6].

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1993), 59 Q.A.C. 208, setting aside a judgment of the Superior Court, D.T.E. 91T-1036, allowing the appellant's motion in evocation with respect to an arbitrator's decision, [1991] T.A. 541. Appeal allowed.

Claude Larose, for the appellant.

Laurent Roy, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Dans le présent cas, l'arbitre a excédé sa compétence en se fondant sur une preuve d'événements subséquents pour annuler le congédiement. Lorsqu'il examine la décision d'une compagnie de congédier un employé, l'arbitre doit déterminer si la compagnie avait une «cause juste et suffisante» pour congédier l'employé au moment où elle l'a fait. Dans sa décision, l'arbitre peut se fonder sur une preuve d'événements subséquents, mais seulement lorsqu'elle est pertinente relativement à la question dont il est saisi, c.-à-d. lorsqu'une telle preuve aide à clarifier si le congédiement était raisonnable et approprié au moment où il a été ordonné. Lorsque, comme en l'espèce, l'arbitre conclut que le congédiement était justifié au moment où il a été ordonné, il ne peut pas, sans excéder sa compétence, l'annuler pour le seul motif que des événements subséquents rendent cette annulation juste et équitable. L'arbitre n'avait pas compétence pour accorder à l'employé une dernière chance et d'imposer, par le fait même, à la compagnie l'obligation, à laquelle elle n'est pas tenue par la convention collective, de reprendre un employé qui a suivi avec succès une cure de désintoxication après avoir été congédié à juste titre en raison d'un problème d'alcoolisme.

Jurisprudence

Arrêt mentionné: *Commission scolaire de Sept-Îles c. Morin* (1993), 59 Q.A.C. 194.

Lois et règlements cités

Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 101 [mod. 1983, ch. 22, art. 77], 139 [rempl. 1982, ch. 16, art. 5; mod. 1983, ch. 22, art. 93; mod. 1985, ch. 12, art. 93; mod. 1990, ch. 4, art. 232], 139.1 [aj. 1982, ch. 16, art. 6].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1993), 59 Q.A.C. 208, qui a annulé un jugement de la Cour supérieure, D.T.E. 91T-1036, qui avait accueilli la requête en évocation de l'appelante relativement à la décision d'un arbitre, [1991] T.A. 541. Pourvoi accueilli.

Claude Larose, pour l'appelante.

Laurent Roy, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This case raises the issue of the jurisdiction of a labour arbitrator under a collective agreement. More particularly, can an arbitrator, in ruling on a grievance regarding the dismissal of an employee, consider evidence concerning events which occurred subsequent to the decision by the employer to dismiss the employee (“subsequent-event evidence”)?

I. Facts and Proceedings

The appellant, the Compagnie minière Québec Cartier (the “Company”), is a mining company operating in the province of Quebec. The respondent, United Steelworkers of America, Local 6869 (the “Union”), is a labour union representing the Company’s employees.

On May 16, 1990, the Company dismissed one of its employees, Harold Beaudin. At the time, Mr. Beaudin had a serious alcohol problem which caused him to repeatedly miss work. Specifically, during the period from April 2, 1987 to February 16, 1990, Mr. Beaudin was late for work twice, and missed work, without authorization or justification, eleven times. Each such incident was met with disciplinary sanctions. On several occasions, these sanctions were subsequently reduced in exchange for promises by Mr. Beaudin that he would seek treatment for his alcohol problem. Nonetheless, Mr. Beaudin consistently failed to seek such treatment. As a result, when Mr. Beaudin failed to report for work on February 16, 1990, the Company’s initial response was to dismiss him. However, this decision was subsequently rescinded, once again on the condition that Mr. Beaudin submit to a treatment program. To this end, Mr. Beaudin was granted a leave of absence from work. During the course of this leave he was eligible for [TRANSLATION] “wage insurance” under the collective agreement. Nonetheless, despite his promise and the granting of a temporary leave, Mr. Beaudin did not undergo a treatment program. Instead, he returned to work on April 25, 1990, and seventeen days later, on May 11, 1990, once again missed work without authorization as a result of his alcohol problem. At this point, the Company decided, once and for all, to

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Ce pourvoi soulève la question de la compétence d’un arbitre aux termes d’une convention collective, et plus particulièrement, celle de savoir si un arbitre qui statue sur un grief relatif au congédiement d’un employé peut considérer la preuve d’événements survenus après le congédiement («preuve d’événements subséquents»).

I. Les faits et les procédures

L’appelante, la Compagnie minière Québec Cartier (la «compagnie»), exploite une opération minière dans la province de Québec. L’intimé, le syndicat des Métallurgistes unis d’Amérique, section locale 6869 (le «syndicat»), représente les employés de la compagnie.

Le 16 mai 1990, la compagnie congédiait l’un de ses employés, Harold Beaudin. À l’époque, M. Beaudin était aux prises avec un grave problème d’alcoolisme qui constituait chez lui une cause d’absentéisme fréquent. Plus précisément, au cours de la période du 2 avril 1987 au 16 février 1990, M. Beaudin est arrivé deux fois en retard au travail, et s’est absenté onze fois sans permission ni justification. Chaque fois, des mesures disciplinaires ont été prises. Ces sanctions ont été, à maintes reprises, réduites moyennant promesse de M. Beaudin de suivre une cure de désintoxication. Toutefois, M. Beaudin a constamment omis de respecter sa promesse. Par conséquent, lorsque M. Beaudin ne s’est pas présenté au travail le 16 février 1990, la réaction initiale de la compagnie a été de le congédier. Par la suite, cependant, la compagnie est revenue sur sa décision, de nouveau moyennant promesse de M. Beaudin de se soumettre à une cure, cure pour laquelle il a été autorisé à s’absenter de son travail. Pendant ce congé, il était admissible au régime d’«assurance salaire» prévu à la convention collective. Pourtant, malgré sa promesse et le congé temporaire qui lui avait été accordé, M. Beaudin n’a pas suivi de cure. Il plutôt retourné au travail le 25 avril 1990, et dix-sept jours plus tard, le 11 mai 1990, il s’est, de nouveau et sans autorisation, absenté de son travail à cause de son alcoolisme. La compagnie a alors décidé, une fois pour toutes, de congédier

1

2

3

dismiss Mr. Beaudin. In response to this decision, a grievance was filed by the Union on behalf of Mr. Beaudin.

4 In September 1990, several months after having been dismissed and prior to an arbitrator having heard the grievance, Mr. Beaudin underwent a 20-day treatment program for alcoholism. Apparently, this program was successful and Mr. Beaudin fully recovered from his alcohol problem.

5 On April 2, 1991, Mr. Lippé, the arbitrator appointed to hear the grievance regarding Mr. Beaudin's dismissal, handed down his ruling: [1991] T.A. 541. The arbitrator found that the Company had been justified in dismissing Mr. Beaudin at the time it had done so but that, in light of the subsequent successful treatment of Mr. Beaudin's alcohol problem, it would be appropriate to annul his dismissal and order his reintegration into the Company. Specifically, the arbitrator stated (at pp. 552-53):

[TRANSLATION] At the time the company dismissed Mr. Beaudin, I am of the view that it could have seemed justified in doing so.

Since then the circumstances have changed, however, in that the complainant has undergone an alcohol treatment program, which was successful. These subsequent facts thus allow the arbitrator to intervene to alter the dismissal imposed by the company, since chances are that from now on Mr. Beaudin will be able to adequately fulfil his workplace duties, and in doing so I rely on the opinions of certain arbitrators and writers cited above.

For these reasons, I allow in part Mr. Beaudin's grievance; I quash for all legal purposes the dismissal imposed on him by the company on May 16, 1990 and I replace it with a suspension without pay from the date of the dismissal to the date of Mr. Beaudin's return to work, which shall be within twenty (20) days of the date of this decision, with no retroactivity whatsoever but with continuance of seniority.

I would like the complainant to understand that this is his last chance and that he would be liable to be dismissed on the spot if he is again absent owing to his alcoholism problem. [Emphasis added.]

M. Beaudin. En réponse, le syndicat a déposé un grief au nom de M. Beaudin.

En septembre 1990, plusieurs mois après avoir été congédié et avant l'audition du grief devant l'arbitre, M. Beaudin suivait une cure de vingt jours, qui, apparemment, se serait avérée efficace et lui aurait permis de se remettre complètement de son alcoolisme.

Le 2 avril 1991, M. Lippé, l'arbitre nommé pour entendre le grief relatif au congédiement de M. Beaudin, rendait sa décision: [1991] T.A. 541. L'arbitre y a conclu que la compagnie avait été justifiée de congédier M. Beaudin à l'époque, mais que, compte tenu du résultat positif du traitement subséquent de l'alcoolisme de M. Beaudin, il conviendrait d'annuler son congédiement et d'ordonner sa réintégration dans la compagnie. L'arbitre déclare plus précisément, aux pp. 552 et 553:

Au moment où la compagnie a congédié M. Beaudin, je suis d'opinion qu'elle pouvait sembler justifiée de le faire.

Cependant, depuis les circonstances ont changé, en ce sens que le plaignant a suivi une cure de désintoxication, laquelle s'est révélée satisfaisante. Ces faits postérieurs permettent donc à l'arbitre d'intervenir pour modifier le congédiement imposé par la compagnie puisque les chances sont que, dorénavant, M. Beaudin pourra fournir une prestation de travail adéquate et ce, me basant sur l'opinion de certains arbitres et auteurs cités ci-avant.

Pour ces motifs, je fais droit en partie au grief de M. Beaudin; j'annule à toutes fins que de droit le congédiement que la compagnie lui a imposé le 16 mai 1990 et je le remplace par une suspension sans paie de la date de congédiement à celle du retour au travail de M. Beaudin, lequel devra se faire dans les vingt (20) jours de la date de la présente décision, sans aucune rétroactivité que se soit, mais avec maintien d'ancienneté.

Je veux bien que le plaignant comprenne qu'il s'agit pour lui d'une chance ultime et qu'il serait susceptible d'être congédié sur-le-champ, advenant une absence de sa part reliée à son problème d'alcoolisme. [Je souligne.]

The Company applied to the Quebec Superior Court for judicial review of the arbitrator's decision. Pidgeon J. granted this application and quashed the decision of the arbitrator: D.T.E. 91T-1036. The Union then appealed to the Quebec Court of Appeal, a majority of which (Gendreau J.A., dissenting) allowed the appeal and restored the decision of the arbitrator: (1993), 59 Q.A.C. 208. It is from this decision that the Company appeals to this Court.

The principal issue raised by this case is whether the arbitration decision should be quashed on the grounds that the arbitrator considered subsequent-event evidence in reaching his conclusion that the grievance should be allowed and Mr. Beaudin's dismissal annulled.

II. Analysis

Labour arbitrators and arbitration boards operating under Quebec law are specialized tribunals whose decisions are protected from judicial review by a series of privative clauses:

Labour Code, R.S.Q., c. C-27

101. The arbitration award is without appeal, binds the parties and, where such is the case, any employee concerned. . . .

139. Except on a question of jurisdiction and except when the Court is sitting in penal matters, no extraordinary recourse contemplated in articles 834 to 850 of the Code of Civil Procedure (chapter C-25) shall be exercised and no injunction granted against an arbitrator, the Conseil des services essentiels, a certification agent, a labour commissioner or the Court acting in their official capacities.

139.1 Except on a question of jurisdiction, article 33 of the Code of Civil Procedure (chapter C-25) does not apply to any person, body or agency mentioned in section 139 acting in their official capacities.

Accordingly, such arbitrators and arbitration boards are entitled to curial deference with respect to decisions made within their area of jurisdiction. However, where such arbitrators or arbitration

La compagnie a déposé, en Cour supérieure du Québec, une requête en évocation de la décision de l'arbitre. Le juge Pidgeon a fait droit à cette requête et annulé la décision de l'arbitre: D.T.E. 91T-1036. Le syndicat en a appelé devant la Cour d'appel du Québec qui a, dans un arrêt majoritaire (le juge Gendreau étant dissident), accueilli l'appel et rétabli la décision de l'arbitre: (1993), 59 Q.A.C. 208. C'est contre cet arrêt que la compagnie se pourvoit devant notre Cour.

La question principale que soulève la présente affaire est de savoir si la décision arbitrale devrait être annulée pour le motif que l'arbitre a pris en considération la preuve d'événements subséquents dans sa décision d'accueillir le grief et d'annuler le congédiement de M. Beaudin.

II. Analyse

Les arbitres du travail et les tribunaux d'arbitrage sont, en droit québécois, des tribunaux spécialisés dont les décisions échappent au contrôle judiciaire en vertu d'une série de clauses privatives:

Code du travail, L.R.Q., ch. C-27

101. La sentence arbitrale est sans appel, lie les parties et, le cas échéant, tout salarié concerné. . . .

139. Sauf sur une question de compétence, aucun des recours extraordinaires prévus aux articles 834 à 850 du Code de procédure civile (chapitre C-25) ne peut être exercé ni aucune injonction accordée contre un arbitre, le Conseil des services essentiels, un agent d'accréditation, un commissaire du travail ou le tribunal agissant en leur qualité officielle sauf si ce dernier siège en matière pénale.

139.1 Sauf sur une question de compétence, l'article 33 du Code de procédure civile (chapitre C-25) ne s'applique pas aux personnes ni aux organismes visés à l'article 139 agissant en leur qualité officielle.

Par conséquent, ces arbitres et ces tribunaux d'arbitrage ont droit à la retenue judiciaire relativement aux décisions qu'ils rendent dans leur domaine de compétence. Toutefois, lorsqu'ils

6

7

8

boards exceed or act outside their area of jurisdiction, they are no longer entitled to curial deference.

excèdent leur domaine de compétence, ils n'ont plus droit à la retenue judiciaire.

9 In the case at hand, the arbitrator in question, Mr. Lippé, was reviewing a decision by the Company to dismiss an employee, Harold Beaudin. This issue came before the arbitrator in accordance with the grievance procedures in the collective agreement between the Company and the Union.

Dans le cas qui nous occupe, l'arbitre en question, M. Lippé, a examiné la décision de la compagnie de congédier un employé, Harold Beaudin. Il a été saisi de cette question conformément à la procédure de grief prévue à la convention collective conclue entre la compagnie et le syndicat.

10 Under the terms of the collective agreement between the Company and the Union, the Union is permitted to grieve any decision by the Company to dismiss an employee, and such a grievance, if not otherwise settled, is to be resolved through binding arbitration. Where such a grievance proceeds to binding arbitration, as it did in the case at hand, the mandate of the arbitrator, pursuant to art. 10.01 of the collective agreement, is to determine whether or not the Company had "just and sufficient cause" for dismissing the employee in question. Article 10.01 of the collective agreement provides that:

Aux termes de la convention collective conclue entre la compagnie et le syndicat, ce dernier peut déposer un grief relativement à toute décision de la compagnie de congédier un employé, et ce grief, s'il n'est pas par ailleurs réglé, doit être résolu au moyen d'un arbitrage qui lie les parties. Lorsque ce grief est soumis à un tel arbitrage, comme il l'a été ici, le mandat de l'arbitre, selon l'art. 10.01 de la convention collective, est de déterminer si la compagnie avait une «cause juste et suffisante» pour congédier l'employé en question. L'article 10.01 de la convention collective prévoit ceci:

[TRANSLATION] 10.01 In the event that an employee is dismissed and considers that he was not dismissed for just and sufficient cause, the case may be filed as a grievance in the manner described below. [Emphasis added.]

10.01 Advenant le cas où un employé est congédié et qu'il considère avoir été congédié autrement que pour cause juste et suffisante, le cas peut être déposé comme grief de la manière décrite ci-dessous. [Je souligne.]

11 The collective agreement, however, does not define the term "just and sufficient cause". Accordingly, in reviewing a decision by the Company to dismiss an employee, an arbitrator has broad jurisdiction to establish criteria for assessing whether or not a "just and sufficient cause" for dismissal has been made out. As well, the arbitrator has broad jurisdiction to consider any evidence which he considers relevant to the issue before him. However, ultimately, the arbitrator's jurisdiction is limited in that he is required to address the specific issue before him: whether or not the decision to dismiss the employee in question was justified. In particular, the arbitrator is required to determine whether or not the Company had just and sufficient cause for dismissing the employee as at the time when the employee was actually dismissed.

Cependant, la convention collective ne définit pas l'expression «cause juste et suffisante». Par conséquent, lorsqu'il examine une décision de la compagnie de congédier un employé, l'arbitre a une large compétence pour établir les critères applicables pour évaluer si on a fait la preuve d'une «cause juste et suffisante» de congédiement. De plus, l'arbitre a une compétence étendue pour examiner tout élément de preuve qu'il considère pertinent. Toutefois, sa compétence est à la fin limitée, du fait qu'il doit répondre à la question précise qui lui est soumise: à savoir si la décision de congédier l'employé en question était ou non justifiée. L'arbitre doit, notamment, déterminer si la compagnie avait une cause juste et suffisante pour congédier l'employé au moment où elle l'a fait.

As a general rule, an arbitrator reviewing a decision by the Company to dismiss an employee should uphold the dismissal where he is satisfied that the Company had just and sufficient cause for dismissing the employee at the time that it did so. On the other hand, the arbitrator should annul the dismissal where he finds that the Company did not have just and sufficient cause for dismissing the employee at the time that it did so. The peculiarities of alcoholism do not justify departing from this rule. In the Court of Appeal, Moisan J. (*ad hoc*), by referring to his opinion in *Commission scolaire de Sept-Îles v. Morin* (1993), 59 Q.A.C. 194, in which he reviewed the case law, suggested that alcoholism must be envisaged as an illness, and that the absenteeism it likely will entail must be treated as being innocent. Consequently, according to Moisan J., in reviewing a decision by an employer to dismiss an alcoholic employee for chronic absenteeism, the determination of whether or not just and sufficient cause has been established should be made by considering both whether the employee's ability to fulfil his workplace duties was impaired by his alcohol problem and whether any improvement in this respect was likely in the foreseeable future. Such an analysis, if performed as at the time the employee was dismissed, is reasonable and is entirely within the jurisdiction of the arbitrator. In this case, the Company passed this test. In this respect, I note that the arbitrator found that the Company was justified in dismissing Mr. Beaudin at the time that it did so.

This brings me to the question I raised earlier regarding whether an arbitrator can consider subsequent-event evidence in ruling on a grievance concerning the dismissal by the Company of an employee. In my view, an arbitrator can rely on such evidence, but only where it is relevant to the issue before him. In other words, such evidence will only be admissible if it helps to shed light on the reasonableness and appropriateness of the dismissal under review at the time that it was implemented. Accordingly, once an arbitrator concludes that a decision by the Company to dismiss an

En règle générale, l'arbitre qui examine une décision de congédier un employé devrait confirmer le congédiement lorsqu'il est convaincu qu'il y avait cause juste et suffisante de congédiement au moment où la compagnie a pris cette décision. Par contre, l'arbitre devrait annuler le congédiement lorsqu'il conclut que la compagnie n'avait aucune cause juste et suffisante pour congédier l'employé au moment où elle l'a fait. Les particularités de l'alcoolisme ne justifient pas de déroger à cette règle. En Cour d'appel, le juge Moisan (*ad hoc*), en faisant référence à ses motifs dans *Commission scolaire de Sept-Îles c. Morin* (1993), 59 Q.A.C. 194, où il a passé en revue la jurisprudence, laisse supposer que l'alcoolisme doit être envisagé en tant que maladie, et que l'absentéisme qui risque d'en découler doit être considéré comme non blâmable. En conséquence, selon le juge Moisan, en examinant la décision d'un employeur de congédier un employé alcoolique pour cause d'absentéisme chronique, il y a lieu de déterminer si l'existence d'une cause juste et suffisante a été établie en examinant à la fois si la capacité de l'employé de s'acquitter de ses responsabilités au travail était affectée par son problème d'alcoolisme et si une amélioration à cet égard était susceptible de se produire dans un avenir prévisible. Une telle analyse, en autant qu'elle soit effectuée au moment où l'employé a été congédié, est raisonnable et relève complètement de la compétence de l'arbitre. Dans le cas qui nous occupe, la compagnie a satisfait à cette exigence. Je note, à ce chapitre, que l'arbitre a conclu que la compagnie était justifiée de congédier M. Beaudin au moment où elle l'a fait.

Ceci m'amène à la question que j'ai soulevée plus tôt quant à savoir si un arbitre peut prendre en considération la preuve d'événements subséquents lorsqu'il statue sur un grief relatif au congédiement d'un employé par la compagnie. À mon avis, un arbitre peut se fonder sur une telle preuve, mais seulement lorsqu'elle est pertinente relativement à la question dont il est saisi. En d'autres termes, une telle preuve ne sera admissible que si elle aide à clarifier si le congédiement en question était raisonnable et approprié au moment où il a été ordonné. Par conséquent, dès qu'un arbitre conclut

employee was justified at the time that it was made, he cannot then annul the dismissal on the sole ground that subsequent events render such an annulment, in the opinion of the arbitrator, fair and equitable. In these circumstances, an arbitrator would be exceeding his jurisdiction if he relied on subsequent-event evidence as grounds for annulling the dismissal. To hold otherwise would be to accept that the result of a grievance concerning the dismissal of an employee could vary depending on when it is filed and the time lag between the initial filing and the final hearing by the arbitrator. Furthermore, it would lead to the absurd conclusion that a decision by the Company to dismiss an alcoholic employee could be overturned whenever that employee, as a result of the shock of being dismissed, decides to rehabilitate himself, even if such rehabilitation would never have occurred absent the decision to dismiss the employee.

que la décision de la compagnie de congédier un employé était justifiée au moment où elle a été prise, il ne peut plus annuler le congédiement pour le seul motif que des événements subséquents rendent, à son avis, cette annulation juste et équitable. Dans ces circonstances, un arbitre excéderait sa compétence s'il se fondait sur une preuve d'événements subséquents pour annuler le congédiement. Conclure le contraire reviendrait à accepter que l'issue d'un grief relatif au congédiement d'un employé puisse dépendre du moment où il a été déposé et du délai écoulé entre le dépôt initial et la dernière audience de l'arbitre. En outre, cela mènerait à la conclusion absurde que la décision de la compagnie de congédier un employé alcoolique peut être infirmée dès que cet employé, sous le choc de son congédiement, décide de se réhabiliter même si une telle réhabilitation n'aurait jamais eu lieu en l'absence de la décision de le congédier.

14

In light of the above, I conclude that, in the case at hand, the arbitrator exceeded his jurisdiction in overturning the decision of the Company to dismiss Mr. Beaudin. As I noted earlier, it is apparent from the arbitrator's reasons in the case at hand that he felt that the decision of the Company to dismiss Mr. Beaudin was justified at the time that the decision was made. Nonetheless, despite this conclusion, the arbitrator went on to overturn the dismissal on the grounds that subsequent-event evidence indicated that Mr. Beaudin had been cured of his alcohol problem and had become capable of fulfilling his employment obligations to the Company. Accordingly, the arbitrator decided to give Mr. Beaudin one last chance and to reinstate him to his job. However, such a decision was beyond the jurisdiction of the arbitrator. If the dismissal was justified at the time it was implemented, the arbitrator had no jurisdiction to provide Mr. Beaudin with such a last chance. There is no provision in Quebec labour law or in the collective agreement between the Company and the Union which would permit a labour arbitrator to overturn a decision by the Company to dismiss an employee notwithstanding the fact that the Company demonstrated just cause for the dismissal.

Compte tenu de ce qui précède, je conclus que, dans le présent cas, l'arbitre a excédé sa compétence en infirmant la décision de la compagnie de congédier M. Beaudin. Comme je l'ai déjà souligné, il ressort des motifs de l'arbitre qu'il a considéré que la décision de la compagnie de congédier M. Beaudin était justifiée au moment où elle a été prise. En dépit de cette conclusion, l'arbitre a néanmoins infirmé le congédiement pour le motif que la preuve d'événements subséquents indiquait que M. Beaudin était guéri de son alcoolisme et était devenu capable de s'acquitter des obligations envers la compagnie requises par son emploi. Par conséquent, l'arbitre a décidé de donner à M. Beaudin une dernière chance et de le réintégrer dans son emploi. Une telle décision excédait, toutefois, la compétence de l'arbitre. Si le congédiement était justifié au moment où il a été ordonné, l'arbitre n'était pas compétent pour accorder cette dernière chance à M. Beaudin. Il n'y a, ni en droit du travail québécois ni dans la convention collective conclue entre la compagnie et le syndicat, aucune disposition qui permette à un arbitre du travail d'infirmier une décision de la compagnie de congédier un employé, malgré que la compagnie ait fait la preuve d'une cause juste de congédiement.

In this respect, I also agree with Gendreau J.A., dissenting at the Court of Appeal, that the effect of the arbitrator's decision in the case at hand was to impose an obligation on the employer not found in the collective agreement. Specifically, Gendreau J.A. stated (at p. 212):

[TRANSLATION] Accordingly, without saying so expressly, the arbitrator created and imposed on the respondent an obligation which it had not accepted and which could be stated as follows: the employer has an obligation to take back an alcoholic employee who was dismissed on sufficient grounds and was given every reasonable chance of rehabilitation, and who decided upon and undertook, after his departure but before the grievance was heard, an alcohol treatment program which appears at the time the case is decided to have been successful. The formulation of such an obligation for the employer and of an equivalent right for the employee is, in my opinion and with the greatest respect, adding something to the collective agreement, which grievance arbitrators may not do.

Having reached the conclusion that the arbitrator in this case exceeded his jurisdiction, the issue of whether or not the arbitrator's decision was patently unreasonable, which was also argued before us, does not arise.

III. Disposition

For the reasons outlined above, I would allow this appeal, set aside the decision of the Court of Appeal and restore the decision of the Superior Court setting aside the arbitrator's decision, the whole without costs.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Lavery, de Billy, Québec.

Solicitors for the respondent: Trudel, Nadeau, Lesage, Larivière & Associés, Montreal.

Sur ce point, je partage également l'avis du juge Gendreau, dissident en Cour d'appel, selon lequel la décision de l'arbitre a eu pour effet ici d'imposer à l'employeur une obligation à laquelle il n'est pas tenu par la convention collective. Plus précisément, le juge Gendreau affirme, à la p. 212:

Dès lors, sans le dire expressément, l'arbitre crée et impose à l'intimée une obligation à laquelle elle n'a pas souscrit et qui pourrait s'exprimer ainsi: l'employeur a l'obligation de reprendre son salarié alcoolique qui, congédié pour un motif suffisant et à qui on a reconnu et donné toutes les chances raisonnables de réhabilitation, décide et entreprend, après son départ mais avant l'audition du grief, une cure de désintoxication qui semble avoir réussi au moment de statuer sur l'affaire. La formulation d'une telle obligation pour l'employeur et d'un droit équivalent pour le salarié est, à mon avis et avec beaucoup d'égards, un ajout à la convention collective, ce que l'arbitre de griefs ne peut pas faire.

Vu ma conclusion que l'arbitre, dans la présente affaire, a excédé sa compétence, la question, également débattue devant nous, de savoir si sa décision est manifestement déraisonnable ne se pose pas.

III. Dispositif

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi, j'infirmerais la décision de la Cour d'appel et je rétablirais la décision de la Cour supérieure d'annuler la décision de l'arbitre, le tout sans frais.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante: Lavery, de Billy, Québec.

Procureurs de l'intimé: Trudel, Nadeau, Lesage, Larivière & Associés, Montréal.

15

16

17

Michael Edward Collins *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

William David Pelfrey *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. COLLINS; R. v. PELFREY

File Nos.: 24410, 24367.

1995: June 12; 1995: July 20.

Present: Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Accused held in custody for twenty-two months pending trial — Five- to ten-month delay attributable to Crown — Whether accused's right to be tried within reasonable time infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

The accused were arrested on December 22, 1988 and remained in custody until November 2, 1990, when their trial on a charge of second degree murder began. The trial resulted in a directed verdict of acquittal but the Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial. At the second trial, the accused applied for a stay of proceedings on the ground that their right to be tried within a reasonable time, guaranteed by s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, had been infringed. This application was based on the 22-month period which preceded the accused's first trial. The trial judge granted the application. He found that the Crown's tardiness and indifferent efforts to make disclosure had resulted in significant delay in starting and completing the preliminary inquiry, and that, while the accused had made a concerted effort to obtain an early trial date, the Crown had requested an adjournment when it did not have sufficient information to do so, unjustifiably delaying the beginning of the trial for

Michael Edward Collins *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

William David Pelfrey *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. COLLINS; R. c. PELFREY

N^{os} du greffe: 24410, 24367.

1995: 12 juin; 1995: 20 juillet.

Présents: Les juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Accusés détenus pendant vingt-deux mois en attendant leur procès — Délai de cinq à dix mois attribuable au ministère public — Y a-t-il eu atteinte au droit des accusés d'être jugés dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

Les accusés ont été arrêtés le 22 décembre 1988 et ont été détenus jusqu'au 2 novembre 1990, date à laquelle a commencé leur procès pour meurtre au deuxième degré, qui a donné lieu à un verdict imposé d'acquiescement. La Cour d'appel a annulé l'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Au second procès, les accusés ont demandé un arrêt des procédures pour le motif qu'il y avait eu atteinte à leur droit d'être jugés dans un délai raisonnable, garanti par l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette requête était fondée sur la période de 22 mois qui a précédé le premier procès des accusés. Le juge du procès a accordé la requête. Il a conclu que le retard du ministère public et les efforts indifférents qu'il a déployés relativement à la communication de la preuve ont retardé l'enquête préliminaire et que, bien que les accusés aient fait des efforts concertés pour obtenir un procès à une date rapprochée, le ministère public a demandé un ajournement alors qu'il n'avait pas suffisamment de renseignements pour

4½ months. The Court of Appeal set aside the stay and ordered that the accused's trial proceed.

Held (Cory and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Sopinka, McLachlin and Major JJ.: This is not a case which turns on the length of institutional delay that will be tolerated owing to the scarcity of resources. Rather, the delay is attributed to actions on the part of the Crown. A request for a lengthy adjournment with respect to a case in which the accused are in custody and have been pressing for an early trial should be based on solid grounds. As found by the trial judge, the grounds for the Crown's request were inadequately investigated and the matter was compounded by the Crown's failure to respond to the entreaties of defence counsel which, if heeded, would have enabled the trial to proceed on schedule. In these circumstances, the trial judge was right to conclude that the delay occasioned by the adjournment was unjustified. This, coupled with the delay caused by late disclosure, fully justified his conclusion that the delay was unreasonable and that violation of the accused's s. 11(b) rights warranted a stay of proceedings.

Per Cory and Iacobucci JJ. (dissenting): A careful judicial balancing of the interests which s. 11(b) of the *Charter* is designed to protect requires an examination of the length of the delay and its evaluation in light of all the relevant factors that must be considered. There are several factors to be balanced in this case: (a) the serious incursion into the accused's liberty interests; (b) the 4½-month delay, solely attributable to the Crown's "miscommunication" regarding the health of its key witness; (c) that both the Crown and the defence contributed to delays leading up to the preliminary inquiry; (d) that the case was complex and serious, and required a significant amount of neutral "intake" time; (e) that the charges against the accused were most serious and accordingly the societal interest in bringing them to trial was of the highest degree; and finally, (f) that the fair trial interests of the accused were not affected by the delay. Here, the trial judge placed too much emphasis on the combination of the 4½-month delay and the fact that the accused remained in custody. He did not balance the interests which s. 11(b) is designed to protect against all the relevant factors. The additional 4½-month delay caused by the Crown was not of such significance that the entire 22-month period violates s. 11(b). While the 4½-month delay was clearly of serious

le faire, repoussant ainsi le début du procès de quatre mois et demi sans justification. La Cour d'appel a annulé l'arrêt des procédures et ordonné que le procès des accusés commence.

Arrêt (les juges Cory et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Sopinka, McLachlin et Major: La question en litige en l'espèce ne concerne pas la durée d'un délai institutionnel qui serait toléré en raison d'une pénurie de ressources. Le délai est plutôt attribué aux actes du ministère public. Si des accusés sont détenus et ont demandé qu'un procès soit tenu à une date rapprochée, toute demande d'ajournement de longue durée devrait reposer sur des motifs solides. Comme l'a conclu le juge du procès, les motifs de la demande du ministère public n'ont pas été suffisamment examinés, et le problème a été aggravé par l'omission du ministère public de répondre aux instances de l'avocat de la défense, qui, si l'on en avait tenu compte, auraient permis au procès de commencer à temps. Dans ces circonstances, le juge du procès a eu raison de conclure que le délai occasionné par l'ajournement n'était pas justifié. Ce fait, conjugué au retard causé par la communication tardive de la preuve, justifiait pleinement sa conclusion que le délai était déraisonnable et que la violation des droits garantis aux accusés par l'al. 11b) justifiait un arrêt des procédures.

Les juges Cory et Iacobucci (dissidents): Le tribunal doit soupeser soigneusement les intérêts que l'al. 11b) de la *Charte* vise à protéger et, pour ce faire, il doit examiner la longueur du délai et l'évaluer en fonction de tous les facteurs pertinents. Plusieurs facteurs doivent être soupesés en l'espèce: a) l'atteinte grave portée au droit à la liberté des accusés; b) le délai de quatre mois et demi, attribuable uniquement au «malentendu» du ministère public au sujet de la santé de son témoin clef; c) le ministère public et la défense ont tous deux contribué au délai qui s'est écoulé avant le début de l'enquête préliminaire; d) l'affaire était complexe et grave, et exigeait un long délai préparatoire, qui est neutre; e) les accusations portées contre les accusés étaient très graves et, par conséquent, il y va de l'intérêt de la société de leur faire subir un procès; et enfin, f) le droit à un procès équitable des accusés n'a pas été violé en raison du délai. En l'espèce, le juge du procès a trop insisté sur l'effet combiné du délai de quatre mois et demi et du fait que les accusés étaient détenus. Il n'a pas soupesé les intérêts que l'al. 11b) est destiné à protéger et tous les facteurs pertinents. Le délai additionnel de quatre mois et demi attribuable au ministère public n'est pas assez important pour que le délai de 22 mois pris dans sa totalité viole l'al. 11b). Bien que le délai de quatre

prejudice to the accused, the societal interest in bringing them to trial on the charges of second degree murder outweighs that prejudice. This is particularly so given that the accused's right to a fair trial was not infringed upon in any way by the delay.

Cases Cited

By Sopinka J.

Referred to: *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120.

By Iacobucci J. (dissenting)

R. v. Morin, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, [1994] O.J. No. 2303 (QL), allowing the Crown's appeal from a judgment of Cavarzan J. rendered November 1, 1993, ordering a stay of proceedings on a charge of second degree murder. Appeal allowed, Cory and Iacobucci JJ. dissenting.

Alison J. Wheeler, for the appellant Collins.

Brian H. Greenspan, for the appellant Pelfrey.

C. Jane Arnup, for the respondent.

The judgment of Sopinka, McLachlin and Major JJ. was delivered by

¹ SOPINKA J. — This is an appeal from the Court of Appeal for Ontario, [1994] O.J. No. 2303 (QL), which reversed the judgment of Cavarzan J. staying the proceedings by reason of unreasonable delay.

² In their application for a stay, the appellants relied on three sources of delay:

mois et demi ait manifestement entraîné un préjudice grave pour les accusés, l'intérêt qu'a la société à ce qu'ils subissent leur procès pour les accusations de meurtre au deuxième degré l'emporte sur ce préjudice, et ce, d'autant plus que le délai n'a porté aucune atteinte au droit des accusés à un procès équitable.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120.

Citée par le juge Iacobucci (dissident)

R. c. Morin, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, [1994] O.J. No. 2303 (QL), qui a accueilli l'appel du ministère public contre un jugement du juge Cavarzan rendu le 1^{er} novembre 1993, qui avait ordonné un arrêt des procédures à la suite d'une accusation de meurtre au deuxième degré. Pourvoi accueilli, les juges Cory et Iacobucci sont dissidents.

Alison J. Wheeler, pour l'appellant Collins.

Brian H. Greenspan, pour l'appellant Pelfrey.

C. Jane Arnup, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Sopinka, McLachlin et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA — Il s'agit d'un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, [1994] O.J. No. 2303 (QL), qui a infirmé la décision du juge Cavarzan, qui avait ordonné un arrêt des procédures en raison d'un délai déraisonnable.

Dans leur demande d'arrêt des procédures, les appelants invoquent trois sources de délai:

- | | |
|--|---|
| <p>(1) tardy and indifferent efforts to make disclosure resulting in a lengthening of the preliminary inquiry;</p> | <p>(1) des efforts lents et indifférents déployés relativement à la communication de la preuve ont entraîné une prolongation de l'enquête préliminaire;</p> |
| <p>(2) failure to fix a trial date prior to committal for trial notwithstanding that the Crown was urged to do so, and when it was conceded that a committal was inevitable;</p> | <p>(2) le ministère public a omis de fixer une date de procès avant le renvoi à procès même si on lui avait demandé de le faire et malgré l'admission que ce renvoi était inévitable;</p> |
| <p>(3) adjournment of the trial at the request of the Crown which was without foundation and resulted in a delay of 4½ months.</p> | <p>(3) le ministère public a, sans aucun motif, demandé un ajournement du procès, qui a donné lieu à un délai de quatre mois et demi.</p> |

The trial judge who heard the motion during which *viva voce* evidence was called made the following findings of fact:

I note, however, that notwithstanding the fixing of trial dates in this case and repeated requests by defense counsel for meaningful disclosure, disclosure was effected exceedingly slowly and with apparent reluctance or, at least, indifference.

...

The delay in getting the preliminary inquiry off the ground and completed is, therefore, attributable in large part to the inaction of the Crown.

...

I find as facts that as a result of the pre-trial of March 5, 1990, the Court and all counsel involved were preparing for the trial to commence on May 28, 1990; that this process was derailed at the instance of Crown counsel who advised the Supreme Court Office that the trial could not proceed; that the Crown did not have sufficient information on or before March 16th to justify taking that step unilaterally; and that there was sufficient time for the Crown, alerted by defence counsel's request for particulars to have obtained confirmation of Martin's status in time to have re-established the May 28th trial date.

...

À l'issue de l'audition de la requête au cours de laquelle il y a eu des témoignages de vive voix, le juge du procès a tiré les conclusions de fait suivantes:

[TRADUCTION] Cependant, je tiens à préciser que la communication de la preuve a été extrêmement lente et marquée d'une certaine hésitation ou tout au moins d'une certaine indifférence, même si les dates de procès avaient été fixées et même si l'avocat de la défense avait à maintes reprises demandé une communication utile de la preuve.

...

Le délai qui s'est écoulé avant le début de l'enquête préliminaire et le délai écoulé pour la compléter sont en grande partie attribuables à l'inaction du ministère public.

...

J'arrive aux conclusions de fait suivantes: à l'issue de la conférence préparatoire au procès, le 5 mars 1990, le tribunal et tous les avocats concernés se préparaient au procès qui devait commencer le 28 mai 1990; ce processus a été interrompu à la demande du ministère public, qui a informé le bureau de la Cour suprême que le procès ne pouvait commencer; le ministère public n'avait pas suffisamment de renseignements le 16 mars le justifiant de prendre unilatéralement cette mesure; le ministère public, informé de la demande de précisions présentée par l'avocat de la défense, disposait de suffisamment de temps pour obtenir confirmation du statut de Martin et rétablir le 28 mai comme date du procès.

...

I find as a fact, however, that Mr. Swanson did cause the delay from May 28th until October 10th, and that that delay was not justifiable in the circumstances.

...

As stated earlier in these reasons it is clear that there was delay by the Crown in making the requisite disclosure. Prior to the making of meaningful disclosure in mid to late July, 1989, defence counsel had no basis for determining that more than four days would be required to complete the preliminary hearing. This failure, in my view, accounts for the fact that the need for more preliminary hearing dates was not identified much earlier. Had meaningful disclosure occurred earlier, it is probable that a sufficient number of hearing dates would have been found to complete the preliminary inquiry before the end of 1989.

...

As noted at the outset, this application involves accused who were in custody for twenty-two and a half months. Mr. Ayre takes no issue with the fact that the accused made a concerted effort to obtain an early trial date, particularly from and after October 19, 1989. This is a relevant factor. [Emphasis added.]

4 The period of delay of 22 months was held by the trial judge to warrant an inquiry into the reason for delay and no issue is taken with this finding. The trial judge then considered the relevant factors and concluded that the delay was unreasonable.

5 In my view, although I have reservations about the application by the trial judge of some of the factors, having regard to the findings to which I have referred and balancing the relevant factors, the trial judge came to the right conclusion.

6 In *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, at p. 788, the majority stated:

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.

Cependant, j'arrive à la conclusion de fait que M. Swanson est responsable du délai qui s'est écoulé entre le 28 mai et le 10 octobre et que ce délai n'était pas justifiable dans les circonstances.

...

Comme je l'ai déjà mentionné dans mes motifs, il est évident que le ministère public a tardé à faire la communication requise de la preuve. Avant la communication utile faite vers le milieu ou la fin de juillet 1989, l'avocat de la défense n'avait aucune raison de croire que l'enquête préliminaire demanderait plus de quatre jours. À mon avis, cela explique pourquoi l'on n'avait pas prévu beaucoup plus tôt la nécessité de retenir d'autres dates pour la tenue de l'enquête préliminaire. Si la communication utile s'était produite auparavant, il est probable que l'on aurait pu trouver un nombre suffisant de dates d'audience pour terminer l'enquête préliminaire avant la fin de 1989.

...

Comme je l'ai fait remarquer au début, cette demande vise des accusés qui ont été détenus pendant une période de vingt-deux mois et demi. Monsieur Ayre ne conteste pas que les accusés ont fait des efforts concertés pour obtenir un procès à une date rapprochée, surtout à partir du 19 octobre 1989. Cela est un facteur pertinent. [Je souligne.]

Le juge du procès a jugé que le délai de 22 mois justifiait la tenue d'une enquête sur le motif de ce délai, et cette conclusion n'est pas contestée. Il a ensuite examiné les facteurs pertinents et conclu que le délai était déraisonnable.

Bien que j'aie des réserves sur la façon dont le juge du procès a appliqué certains des facteurs, compte tenu des conclusions auxquelles j'ai fait allusion et de la pondération des facteurs pertinents, j'estime qu'il est arrivé à la bonne conclusion.

Dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, à la p. 788, notre Cour à la majorité a affirmé:

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.

With respect to the requirement of an explanation by the Crown of a long period of adjournment, a unanimous Court in *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120, at pp. 1132-33, stated:

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. [Emphasis added.]

This passage was expressly affirmed in *Morin*, *supra*, but the majority went on to summarize the actions of the Crown which may require explanation, at p. 794:

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.

The respondent has quite properly conceded in its factum that the delay due to actions of the Crown included 4½ months relating to the adjournment and some part of a delay of 5½ months relating to the prolongation of the preliminary hearing as a result of late disclosure. Accordingly, delay due to the actions of the Crown and in respect of which an explanation was required was in the order of 5 to 10 months.

This is not a case which turns on the length of institutional delay that will be tolerated owing to the scarcity of resources. Rather, the delay is attributed to actions on the part of the Crown. The appellants were both incarcerated for a period of 22 months. A verdict of acquittal was directed at the first trial which was set aside on appeal and they face a second trial. In my view, a request for a lengthy adjournment with respect to a case in which the accused are in custody and have been pressing for an early trial should be based on solid grounds. I agree with the submission that the grounds for the Crown's request were inadequately investigated, and the finding of the trial judge that the matter was compounded by the Crown's failure

En ce qui concerne l'exigence suivant laquelle le ministère public doit expliquer une longue période d'ajournement, notre Cour à l'unanimité a affirmé dans l'arrêt *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120, aux pp. 1132 et 1133:

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. [Je souligne.]

Ce passage a été expressément confirmé dans l'arrêt *Morin*, précité, mais notre Cour à la majorité a fait un résumé des actes du ministère public susceptibles de donner lieu à une explication, à la p. 794:

Il [ce facteur] 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'intimée a admis dans son mémoire, avec raison, que le délai imputable aux actes du ministère public comprenait une période de quatre mois et demi d'ajournement et une partie du délai de cinq mois et demi ayant trait à la prolongation de l'enquête préliminaire causé par une communication tardive de la preuve. En conséquence, le ministère public devait fournir une explication pour un délai de cinq à dix mois attribuable à ses actes.

La question en litige en l'espèce ne concerne pas la durée d'un délai institutionnel qui serait toléré en raison d'une pénurie de ressources. Le délai est plutôt attribué aux actes du ministère public. Les appellants ont tous deux été incarcérés pendant 22 mois. Le juge du procès a imposé un verdict d'acquiescement, que la cour d'appel a annulé pour ordonner la tenue d'un deuxième procès. À mon avis, si des accusés sont détenus et ont demandé qu'un procès soit tenu à une date rapprochée, toute demande d'ajournement de longue durée devrait reposer sur des motifs solides. Je suis d'accord avec l'allégation que les motifs de la demande du ministère public n'ont pas été suffisamment examinés, de même qu'avec la conclusion du juge du

7

8

9

10

to respond to the entreaties of defence counsel which, if heeded, would have enabled the trial to proceed on schedule. In these circumstances, the trial judge was right to conclude that the delay occasioned by the adjournment was unjustified. This, coupled with the delay caused by late disclosure, fully justified the conclusion that the delay was unreasonable and that violation of the appellants' rights under s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* warranted a stay of proceedings.

procès qui a affirmé que le problème avait été aggravé par l'omission du ministère public de répondre aux instances de l'avocat de la défense, qui, si l'on en avait tenu compte, auraient permis au procès de commencer à temps. Dans ces circonstances, le juge du procès a eu raison de conclure que le délai occasionné par l'ajournement n'était pas justifié. Ce fait, conjugué au retard causé par la communication tardive de la preuve, justifiait pleinement la conclusion que le délai était déraisonnable et que la violation des droits garantis aux appelants par l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* justifiait un arrêt des procédures.

11 I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of Cavarzan J.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la décision du juge Cavarzan.

The reasons of Cory and Iacobucci JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges Cory et Iacobucci rendus par

12 IACOBUCCI J. (dissenting) — I have read the reasons of my colleague, Justice Sopinka, and, with respect, I am unable to agree with his disposition.

LE JUGE IACOBUCCI (dissident) — J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Sopinka et, en toute déférence, je ne saurais souscrire au dispositif qu'il propose.

13 This appeal raises the general issue of whether a 22-month period from charge to trial constitutes an "unreasonable" period of time within the meaning of s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The more narrow issue is whether a 4½-month delay, solely attributed to the Crown's conduct regarding the availability of a witness, constitutes an unreasonable violation of the *Charter*. It is at this point that I part company with my colleague: given the seriousness of the charges, I do not believe such a delay sufficient to justify a judicial stay of proceedings.

Le présent pourvoi soulève la question générale de savoir si un délai de 22 mois entre la mise en accusation et le procès est «déraisonnable» au sens de l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La question plus restreinte qui se pose est de savoir si un délai de quatre mois et demi, imputable uniquement à la conduite du ministère public quant à la possibilité de faire comparaître un témoin, constitue une violation déraisonnable de la *Charte*. C'est sur ce point que je ne partage pas l'avis de mon collègue: étant donné la gravité des accusations, je ne crois pas qu'un tel délai soit suffisant pour justifier un arrêt des procédures.

14 I am in agreement with my colleague that this appeal is governed by the jurisprudence enunciated by this Court in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, and *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199. Where we disagree, however, is the emphasis to be given to particular factors as I will attempt to demonstrate.

Je suis d'avis, comme mon collègue, que le présent pourvoi est régi par les principes énoncés par notre Cour dans les arrêts *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, et *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199. Nos points de vue divergent cependant sur l'importance qu'il convient d'accorder à certains facteurs comme je vais essayer de le démontrer.

Understandably, caution must be exercised in this area because as Sopinka J. stated in *Morin, supra*, “[a]s the seriousness of the offence increases so does the societal demand that the accused be brought to trial” (p. 787). While not disregarding the other relevant factors that must be considered in this appeal, I place greater emphasis on the seriousness of the charges at issue in this appeal, originally first degree murder and later the accused were committed for trial on second degree murder charges. Of course, any such determination requires a careful judicial balancing of the interests which the section is designed to protect: *Morin, supra*. Accordingly, the process of balancing requires an examination of the length of the delay and its evaluation in light of other factors, such as, but not limited to, the seriousness of the offence.

This appeal turns upon several factors. First, are the actions of the Crown, notably the 4½-month delay occasioned by the misunderstanding concerning the extent of the injuries suffered in an accident by the witness, Brenda Martin, and her availability to testify. There is no doubt that serious injuries requiring hospitalization in the United States were suffered by the witness; the only question was when she would be available to testify. Defence actions are also relevant, as changes in defence counsel led to several previously agreed upon dates for the preliminary inquiry being pushed back. The extent of Crown disclosure, and delays in such disclosure prior to the preliminary inquiry, are also at issue in this appeal. Inherent time requirements need also be considered. Finally, a significant factor which must be recognized is prejudice to the appellants owing to their confinement in custody for the 22 months prior to their first trial.

1. Reasons for the Delay

(a) *Inherent Time Requirements*

The respondent asserted that the trial judge erred by conflating inherent time requirements with sys-

Naturellement, la prudence s'impose à ce chapitre car, ainsi que le dit le juge Sopinka dans l'arrêt *Morin*, précité: «[p]lus un crime est grave, plus la société exige que l'accusé subisse un procès» (p. 787). Bien que je tiens compte également des autres facteurs pertinents, je mets davantage l'accent sur la gravité des chefs d'accusation, d'abord le meurtre au premier degré, puis, au moment du renvoi au procès, le meurtre au deuxième degré. Bien entendu, pour rendre sa décision en la matière, le tribunal doit soupeser soigneusement les intérêts que cet alinéa vise à protéger: *Morin*, précité. Par conséquent, le processus de pondération exige un examen de la longueur du délai et son évaluation en fonction d'autres facteurs, notamment de la gravité de l'infraction.

Plusieurs facteurs interviennent dans le présent pourvoi. Notons tout d'abord les actes du ministère public, particulièrement le délai de quatre mois et demi causé par le malentendu au sujet de la gravité des blessures subies par le témoin Brenda Martin lors d'un accident et au sujet de la possibilité d'obtenir son témoignage. Il n'y a pas de doute que le témoin a subi de graves blessures nécessitant son hospitalisation aux États-Unis; la seule question était de savoir à quel moment elle pourrait témoigner. Les actes de la défense sont aussi pertinents, car le remplacement des avocats de la défense a nécessité le report de plusieurs dates déjà convenues pour l'enquête préliminaire. L'étendue de la communication de la preuve par le ministère public et les délais occasionnés par celle-ci avant l'enquête préliminaire sont aussi en cause dans le présent pourvoi. Il faut également prendre en considération les délais inhérents à la nature de l'affaire. Enfin, le préjudice subi par les appelants, qui ont été gardés en détention durant les 22 mois qui ont précédé leur premier procès, est un autre facteur important qu'il faut prendre en compte.

1. Les raisons du délai

a) *Les délais inhérents*

L'intimée affirme que le juge du procès a commis une erreur en confondant les délais inhérents et

15

16

17

temic delay. In the controversial passage, Cavarzan J. stated the following:

Applying the Supreme Court of Canada guidelines in *Morin*, I am of the view that the inherent intake time requirements in this case were three months in Provincial Court and one month in the General Division. Although a complex case which might qualify for the higher end of the eight to ten month period in Provincial Court and the six to eight month period in the General Division, the facts that the accused were in custody, and that the Crown was unreasonably slow in making disclosure result in an adjustment to the low end of those ranges and beyond.

18 In *Morin*, Sopinka J. declined to set out any guidelines for the inherent time requirements of any case, noting that it would vary widely depending on different practices in different parts of the country, the nature of the offence charged, the complexity of the case, and so forth. It is apparent, therefore, that the time guidelines referred to by Cavarzan J. are those articulated by Sopinka J. relating to systemic or institutional delay, which are not in issue in the instant appeal. It would, therefore, seem clear that the trial judge erred in his approach to evaluating the delay which was due to inherent requirements of the case.

19 Clearly, it is no easy task to determine what is or is not an "appropriate" length of time to allow for inherent time requirements. A precise examination of the delays in issue is required. The appellants were arrested and charged on December 22, 1988. The first dates were set for the preliminary inquiry on February 9, 1989. That 6-week period seems to be an appropriate and reasonable intake period within the Provincial Division. The numerous delays which took place after February 9, and resulted in changing the preliminary inquiry dates, were due to actions of the defence in changing counsel. The period following the completion of the preliminary inquiry on January 18, 1990 and committal for trial on that date until March 5, 1990, when the pre-trial was held and the attempts

les délais systémiques. Dans le passage controversé, le juge Cavarzan dit:

[TRADUCTION] Si l'on suit les lignes directrices établies par la Cour suprême dans l'arrêt *Morin*, les délais préparatoires inhérents étaient, à mon sens, de trois mois à la Cour provinciale et d'un mois à la Division générale. Bien qu'il s'agisse d'une affaire complexe à laquelle pourrait s'appliquer le maximum de huit à dix mois à la Cour provinciale et celui de six à huit mois à la Division générale, le fait que les accusés étaient détenus et que le ministère public a mis un temps excessif à faire la communication de la preuve nous autorise à retenir le délai minimum et même un délai plus court.

Dans l'arrêt *Morin*, le juge Sopinka a refusé d'établir des lignes directrices à l'égard des délais inhérents, faisant remarquer que ceux-ci varient beaucoup selon les pratiques dans les diverses régions du pays, la nature de l'infraction, la complexité de l'affaire, etc. Il va sans dire, par conséquent, que les lignes directrices à l'égard des délais dont parle le juge Cavarzan sont celles qu'a formulées le juge Sopinka en matière de délais systémiques ou institutionnels, lesquels ne sont pas en cause dans le présent pourvoi. Il semble donc clair que le juge du procès a appliqué une méthode erronée dans son évaluation du délai attribuable aux exigences inhérentes à la nature de l'affaire.

De toute évidence, il n'est pas facile de déterminer ce qui constitue un délai «convenable» lorsqu'il s'agit de délais inhérents à la nature de l'affaire. Il faut examiner de près les délais dont il est question. Les appelants ont été arrêtés et inculpés le 22 décembre 1988. Le 9 février 1989, les premières dates ont été fixées pour l'enquête préliminaire. Cette période préparatoire de six semaines semble convenable et raisonnable pour ce qui est de la Division provinciale. Les nombreux délais qui se sont produits après le 9 février et qui ont entraîné le changement des dates de l'enquête préliminaire étaient imputables aux actes de la défense, savoir la substitution de procureurs. La période qui s'est écoulée entre le 18 janvier 1990, date marquant la fin de l'enquête préliminaire et le renvoi à procès, et le 5 mars 1990, date de la conférence préparatoire au procès et des premières tentatives pour fixer le début du procès au mois de

began to commence the trial in May, were also reasonable intake periods in the General Division.

Other factors also contributed to the inherent time requirements: the presence of out-of-town counsel (both Crown and defence) and an out-of-town provincial court judge, and the complex factual nature of the case. The groundwork for the case included transcribing voluminous intercepted communications, the preparation by the police of a 700-page disclosure brief, and its analysis by all counsel. Finally, the fact that 6 weeks were set aside for the trial would seem to be an indication of the complexity of the case. Therefore, there was a certain amount of inherent preparation time required — this is neutral time.

(b) *Actions by the Crown*

In considering the actions of the Crown, there are two important factors which must be examined: the delayed disclosure which took place prior to the preliminary inquiry, and the miscommunications regarding the purported unavailability of the Crown witness, Brenda Martin.

With regard to the delayed disclosure, Cavarzan J. stated the following:

As stated earlier in these reasons it is clear that there was delay by the Crown in making the requisite disclosure. Prior to the making of meaningful disclosure in mid to late July, 1989, defence counsel had no basis for determining that more than four days would be required to complete the preliminary hearing. This failure, in my view, accounts for the fact that the need for more preliminary hearing dates was not identified much earlier. Had meaningful disclosure occurred earlier, it is probable that a sufficient number of hearing dates would have been found to complete the preliminary inquiry before the end of 1989.

The respondent conceded that, to the extent that the preliminary inquiry was lengthened because of the faulty estimate of the length of the proceedings occasioned by late disclosure, this time is attributable to the Crown. In any event, the delayed disclosure was not the pivotal factor in the trial judge's

mai, était aussi un délai préparatoire raisonnable en ce qui a trait à la Division générale.

D'autres facteurs se rattachent également aux délais inhérents: le fait que les avocats (du ministère public et de la défense) et le juge de la cour provinciale provenaient de l'extérieur, ainsi que la complexité des faits de la cause. Le travail préparatoire a consisté, entre autres, dans la transcription de volumineuses communications interceptées, la rédaction par la police d'un document de 700 pages en vue de la communication de la preuve, et l'analyse de ce document par tous les avocats. Enfin, le fait qu'une période de six semaines a été réservée pour le procès semblerait indiquer que l'affaire était complexe. Par conséquent, un certain délai préparatoire inhérent était requis — un délai qui est neutre.

b) *Les actes du ministère public*

Au regard des actes du ministère public, deux facteurs importants doivent être examinés: le retard à communiquer la preuve qui est intervenu avant l'enquête préliminaire et le malentendu au sujet de la présumée impossibilité de faire comparaître Brenda Martin, témoin à charge.

Quant au retard à communiquer la preuve, le juge Cavarzan a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Comme je l'ai déjà mentionné dans mes motifs, il est évident que le ministère public a tardé à faire la communication requise de la preuve. Avant la communication utile faite vers le milieu ou la fin de juillet 1989, l'avocat de la défense n'avait aucune raison de croire que l'enquête préliminaire demanderait plus de quatre jours. À mon avis, cela explique pourquoi l'on n'avait pas prévu beaucoup plus tôt la nécessité de retenir d'autres dates pour la tenue de l'enquête préliminaire. Si la communication utile s'était produite auparavant, il est probable que l'on aurait pu trouver un nombre suffisant de dates d'audience pour terminer l'enquête préliminaire avant la fin de 1989.

L'intimée a concédé que, dans la mesure où l'enquête préliminaire a été prolongée à cause de l'erreur d'estimation de la durée des procédures occasionnées par le retard à communiquer la preuve, ce délai est attribuable au ministère public. De toute façon, le retard à communiquer la preuve

20

21

22

23

decision to allow the s. 11(b) motion. The trial judge focused instead on the second element I have mentioned, namely the Crown's actions regarding the witness Brenda Martin.

n'a pas été le facteur décisif de la décision du juge du procès de faire droit à la requête fondée sur l'al. 11b). Ce dernier a plutôt mis l'accent sur le deuxième élément que j'ai mentionné, savoir les actes du ministère public en ce qui concerne le témoin Brenda Martin.

24 The respondent concedes that the delay of 4½ months which resulted from the "serious miscommunication" between the police officer and the Crown prosecutor is clearly a delay attributable to the Crown. Despite his finding that this delay was solely attributable to the Crown, the trial judge nevertheless concluded that there were no improper or oblique motives behind the delay.

L'intimée concède que le délai de quatre mois et demi qui a résulté du «sérieux malentendu» entre le policier et le substitut du procureur général est de toute évidence un délai attribuable au ministère public. Bien qu'il ait été d'avis que ce délai était attribuable uniquement au ministère public, le juge du procès a néanmoins conclu que ce délai ne cachait aucun motif répréhensible ni arrière-pensée.

25 It is clear that Cavarzan J. placed great emphasis on the combination of the Brenda Martin delay and the fact that the accused remained in custody. The trial judge stated in his conclusion that:

De toute évidence, le juge Cavarzan a beaucoup insisté sur l'effet combiné du délai relatif à Brenda Martin et du fait que les accusés étaient détenus. Dans sa conclusion, le juge du procès s'exprime en ces termes:

I see no reason why the accused should not have been brought to trial within about 14 to 16 months of their arrest. The contemplated May 28, 1990, trial date would have been about 17 months post-arrest; a trial commencing on that date could not be said to have breached the trial "within a reasonable time" requirement, particularly in light of the strong societal interest in this serious charge going to trial.

[TRADUCTION] Je ne vois pas pourquoi les accusés n'auraient pas pu être jugés dans les 14 à 16 mois suivant leur arrestation. Un délai d'environ 17 mois se serait écoulé entre l'arrestation et la date du procès prévue, soit le 28 mai 1990; si le procès avait commencé à cette date, on n'aurait pu affirmer qu'il n'a pas été tenu «dans un délai raisonnable», étant donné en particulier l'intérêt considérable de la société dans la poursuite de ce crime grave.

The delay became intolerable, in my opinion, when the Crown effectively scuttled the arrangements to have the trial proceed on May 28, 1990. The defence had pressed vigorously for this early trial date even though it is clearly the Crown's duty to bring the accused to trial. The result was that the applicant and his co-accused languished in custody for an additional four and a half months. [Emphasis added.]

Le délai est devenu intolérable, à mon avis, quand le ministère public a effectivement fait échouer les plans en vue de la tenue du procès le 28 mai 1990. La défense avait insisté avec vigueur pour que cette date rapprochée soit fixée, bien qu'il incombe au ministère public de traduire l'accusé en justice. C'est la raison pour laquelle le requérant et son coaccusé ont languì en détention pendant quatre mois et demi de plus. [Je souligne.]

26 Seen in this light, the real issue seems to be the narrow question stated by the Court of Appeal ([1994] O.J. No. 2303 (QL)) in its brief reasons: whether an additional delay of 5 months clearly attributable to the Crown is of such significance that the entire 22-month period violates s. 11(b). The only factor I would add, which was also rec-

Vue sous cet angle, la question véritable qui se pose est la question restreinte formulée par la Cour d'appel ([1994] O.J. No. 2303 (QL)) dans ses brefs motifs: un délai additionnel de cinq mois clairement attribuable au ministère public est-il assez important pour que le délai de 22 mois pris dans sa totalité viole l'al. 11b)? Le seul facteur que j'ajou-

ognized by the Court of Appeal, is that the appellants were in custody for the entire period of time.

Therefore, I cannot accept the finding of Sopinka J. that the relevant period of delay is in the order of 5 to 10 months. By stating that “the trial judge was right to conclude that the delay occasioned by the adjournment was unjustified” (p. 1110), my colleague seems to recognize that the relevant period at issue is the 5-month delay caused by the miscommunication. While he has found a violation by coupling this 5-month adjournment period with the delay from late disclosure, I cannot agree with such an approach since any delay caused by delayed disclosure was minimal, and further, such delay was expressly found to be reasonable by the trial judge. Moreover, within this period some of the delay was occasioned because of the defence.

(c) *Actions by the Defence*

The trial judge found that some of the delay leading to the preliminary inquiry was due to the change in defence counsel by the appellants. This is clearly correct, and is a factor to be taken into account in the balancing of interests.

(d) *Limits on Institutional Resources*

As stated above, I do not believe this issue arises on the facts of this case.

2. Prejudice to the Accused

There was clear and undeniable prejudice caused to the accused by the delay. Their time in custody was correspondingly lengthened at a time when they were presumed innocent at law. Prejudice can also be evidenced by the fact that the appellants made vigorous steps to attempt to have an early trial date set.

The respondent asserted that this prejudice is lessened by the fact that the appellants did not make a bail application. They argued that the appellants had a duty to “mitigate” their prejudice. I cannot accept this proposition. Counsel made a decision not to apply for bail because they felt

terais, que la Cour d’appel a elle aussi reconnu, est que les appelants ont été détenus pendant toute cette période.

En conséquence, je ne puis pas accepter la conclusion du juge Sopinka selon laquelle le délai pertinent était de cinq à dix mois. En disant que «le juge du procès a eu raison de conclure que le délai occasionné par l’ajournement n’était pas justifié» (p. 1110), mon collègue semble reconnaître que la période pertinente en cause est le délai de cinq mois causé par le malentendu. Bien qu’il ait conclu à la violation en tenant compte de cet ajournement de cinq mois conjugué au retard causé par la communication tardive de la preuve, je ne puis souscrire à une telle conclusion car le délai occasionné par la communication tardive était minime et, en outre, le juge du procès a dit expressément qu’il était raisonnable. Au surplus, une partie de ce délai a été causée en partie par la défense.

c) *Les actes de la défense*

Le juge du procès a estimé que le délai antérieur à l’enquête préliminaire avait été causé par la substitution des avocats de la défense. Il a manifestement raison, et c’est un facteur dont il faut tenir compte dans l’appréciation des intérêts en jeu.

d) *Les limites des ressources institutionnelles*

Je répète qu’étant donné les faits de l’espèce, cette question ne se pose pas, à mon sens.

2. Le préjudice subi par les accusés

Le délai a causé un préjudice clair et indéniable aux accusés. Leur détention a été prolongée d’autant à un moment où ils étaient présumés innocents en droit. Le préjudice est également attesté par le fait que les appelants ont déployé des efforts vigoureux afin d’obtenir une date rapprochée pour leur procès.

L’intimée a soutenu que ce préjudice est atténué par le fait que les appelants n’ont pas présenté de demande de mise en liberté sous caution. Selon elle, les appelants avaient l’obligation de «limiter» leur préjudice. Je ne peux pas accepter cet argument. Les avocats ont décidé de ne pas demander

27

28

29

30

31

such an application would not succeed. The trial judge concluded that this was a reasonable decision in all the circumstances. He therefore declined to hold the lack of a bail application against the appellants. I agree with Cavarzan J. on this issue because, even if the appellants had been released, they clearly would have been subject to restrictive bail conditions and their liberty interest would still have been seriously affected.

32 I would therefore conclude that the prejudice occasioned to the appellants by the delay was serious. Its ultimate impact on the s. 11(b) motion must be determined, however, by reference to all the other factors analyzed under the unreasonable delay jurisprudence.

3. The Judicial Balancing of Interests

33 In *Morin*, Sopinka J. stated the following at p. 787:

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.

34 I believe that it is on this point that the reasons of Cavarzan J. are subject to special scrutiny. It does not appear that he completed this final step in the analysis. Instead, he concluded that the Crown's actions led to a 4½-month delay during which the accused remained incarcerated. This was sufficient for him to allow the motion and order a stay.

35 With respect, I disagree with that approach. In my view, the principal factors to be balanced in this case are as follows:

(a) the serious incursion into the appellants' liberty interests;

de mise en liberté sous caution parce qu'ils estimaient qu'une telle demande serait rejetée. Le juge du procès a conclu que cette décision était raisonnable dans les circonstances. Il a donc refusé de tirer de l'absence de demande de mise en liberté sous caution une conclusion défavorable aux appelants. Je suis d'accord avec le juge Cavarzan sur ce point car, même si les appelants avaient été mis en liberté, ils auraient de toute évidence été soumis à des conditions restrictives de liberté sous caution qui auraient tout de même porté gravement atteinte à leur droit à la liberté.

Je conclurais donc que le délai a causé un préjudice grave aux appelants. Il faut cependant, en dernière analyse, mesurer son impact sur la requête fondée sur l'al. 11b) en regard de tous les autres facteurs analysés dans la jurisprudence relative au délai déraisonnable.

3. La pondération des intérêts

Dans l'arrêt *Morin*, le juge Sopinka dit ce qui suit, à la p. 787:

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.

Je crois que c'est sur ce point qu'il convient de soumettre les motifs du juge Cavarzan à un examen rigoureux. Il ne semble pas qu'il ait terminé cette dernière étape de l'analyse. Il a plutôt conclu que les actes du ministère public avaient occasionné un délai de quatre mois et demi durant lequel les accusés sont restés incarcérés. Cela était suffisant, d'après lui, pour faire droit à la requête et ordonner l'arrêt des procédures.

Je ne saurais souscrire à ce raisonnement. À mon avis, les principaux facteurs à soupeser en l'espèce sont les suivants:

a) l'atteinte grave portée au droit à la liberté des appelants;

(b) the 4½-month delay, solely attributable to the Crown's "miscommunication" regarding the health of its key witness;

(c) the fact that both the Crown and the defence contributed to delays leading up to the preliminary inquiry;

(d) the case was complex and serious, and required a significant amount of neutral "intake" time;

(e) the charges against the two accused were most serious, namely, second degree murder, and accordingly the societal interest in bringing these accused to trial is of the highest degree; and finally

(f) the fair trial interests of the accused were not affected by the delay.

While the 4½-month delay caused by the Crown was clearly of serious prejudice to the accused, the societal interest in bringing the accused to trial on these most serious of charges outweighs that prejudice. This is particularly so given that the appellants' right to a fair trial was not infringed upon in any way by the delay. Accordingly, I agree with the conclusion of the Ontario Court of Appeal that the delay was not unreasonable and would accordingly dismiss the appeal.

Appeal allowed, CORY and IACOBUCCI JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant Collins: Greenspan, Rosenberg & Buhr, Toronto.

Solicitors for the appellant Pelfrey: Greenspan, Humphrey, Toronto.

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

b) le délai de quatre mois et demi, attribuable uniquement au «malentendu» du ministère public au sujet de la santé de son témoin clef;

c) le fait que le ministère public et la défense ont tous deux contribué au délai qui s'est écoulé avant le début de l'enquête préliminaire;

d) l'affaire était complexe et grave, et exigeait un long délai préparatoire, qui est neutre;

e) les accusations portées contre les deux accusés étaient très graves, savoir le meurtre au deuxième degré et, par conséquent, il y va de l'intérêt de la société de leur faire subir un procès;

f) finalement, le droit à un procès équitable des accusés n'a pas été violé en raison du délai.

Bien que le délai de quatre mois et demi causé par le ministère public ait manifestement entraîné un préjudice grave pour les accusés, l'intérêt qu'a la société à ce qu'ils subissent leur procès pour ces accusations graves l'emporte sur ce préjudice, et ce, d'autant plus que le délai n'a porté aucune atteinte au droit des appelants à un procès équitable. Par conséquent, je souscris à la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario selon laquelle le délai n'était pas déraisonnable, et je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges CORY et IACOBUCCI sont dissidents.

Procureurs de l'appelant Collins: Greenspan, Rosenberg & Buhr, Toronto.

Procureurs de l'appelant Pelfrey: Greenspan, Humphrey, Toronto.

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

Joseph Leslie Chaisson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CHAISSON

File No.: 24129.

Hearing and judgment: June 15, 1995.

Reasons delivered: July 20, 1995.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Criminal law — Sentencing — Trial judge ordering half of sentence to be served before parole eligibility — Whether or not order subject to review by Court of Appeal — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 673, 674, 675(1)(b), 741.2.

The trial judge, in sentencing the appellant for forcible confinement, assault, uttering a death threat, theft and assault with a weapon, ordered that he serve one half of the sentence before being eligible for parole. The order was made under s. 741.2 of the *Criminal Code*. The Court of Appeal denied, without reasons, appellant's application for leave to appeal against his sentence including the order made pursuant to s. 741.2. Leave was then granted to this Court. At issue is whether courts of appeal have jurisdiction to review orders made under s. 741.2 as part of the "sentence" imposed by the trial judge. Section 674 provides that no proceedings other than those set forth in the *Code* shall be taken by way of appeal in proceedings in respect of indictable offences. Pursuant to s. 675(1)(b), a person convicted of an indictable offence may appeal to the court of appeal "against the sentence passed by the trial court, with leave of the court of appeal or a judge thereof unless that sentence is one fixed by law". The difficulty arises in determining what constitutes a "sentence" under s. 675(1)(b). Section 673 provides that "sentence" in this part of the *Code* includes a variety of orders, declarations and dispositions provided for under

Joseph Leslie Chaisson *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. CHAISSON

N° du greffe: 24129.

Audition et jugement: 15 juin 1995.

Motifs déposés: 20 juillet 1995.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit criminel — Détermination de la peine — Ordonnance du juge du procès statuant que la moitié de la peine soit purgée avant l'admissibilité à une libération conditionnelle — L'ordonnance était-elle susceptible de révision par la Cour d'appel — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 673, 674, 675(1)(b), 741.2.

Le juge du procès, statuant sur la peine à appliquer à l'appellant pour séquestration, voies de fait, menaces de mort, vol et agression armée, a ordonné, en se fondant sur l'art. 741.2 du *Code criminel*, qu'il purge la moitié de sa peine avant d'être admissible à la libération conditionnelle. La Cour d'appel a rejeté, sans motiver sa décision, la demande d'autorisation d'appel présentée par l'appellant à l'encontre de la peine qui lui avait été imposée, y compris l'ordonnance rendue sous le régime de l'art. 741.2. L'appellant a par la suite été autorisé à se pourvoir devant notre Cour. La Cour doit déterminer si une cour d'appel a compétence pour réviser une ordonnance rendue en application de l'art. 741.2, en l'assimilant à la «peine» infligée par le juge du procès. L'article 674 dispose que nulle procédure autre que celles qui sont prévues dans le *Code* ne peut être intentée par voie d'appel dans des procédures concernant des actes criminels. Aux termes de l'al. 675(1)(b), une personne déclarée coupable d'un acte criminel peut interjeter appel devant la cour d'appel «de la sentence rendue par le tribunal de première instance, avec l'autorisation de la cour d'appel ou de l'un de ses juges, à moins que cette sentence ne soit de celles que fixe la loi». La difficulté consiste à déterminer ce qui constitue une «sentence» au sens de l'al. 675(1)(b). L'article 673 prévoit que, dans cette partie du *Code*, sont assimilées à une «sentence», une «peine» ou une «condamnation» différentes ordon-

various *Code* provisions. The list does not mention orders made under s. 741.2.

Held: The appeal should be allowed.

Courts of appeal have jurisdiction to review orders made under s. 741.2 of the *Code* as part of "sentence" under ss. 673 and 675(1)(b).

The lack of reasons is not grounds for barring review since appeals under the *Code* are taken not from the reasons of a lower court, but from its order. This Court has jurisdiction to review the discretionary decisions of lower courts though this is a jurisdiction that should only be exercised sparingly.

Section 673 of the *Code* provides that a sentence "includes" the listed orders, not that it is "defined" by them, or that it "means" only them. A plain reading of the word "includes" in this context suggests that the list of reviewable orders under s. 673 is not exhaustive. Moreover, on a common sense understanding of the word "sentence", orders made under s. 741.2 should qualify because they clearly affect the length of time that a sentence is served and are relevant to the disposition of the trial judge following conviction.

A section 741.2 order is not an administrative parole determination, within the exclusive jurisdiction and absolute discretion of the Parole Board, but is instead included in the *Code* as part of a trial judge's authority at sentencing. Parliament's decision to place this power in the *Code* rather than in the *Corrections and Conditional Release Act* should not be ignored. Section 741.2 explicitly allows a trial judge to reduce the discretion of the Parole Board in certain circumstances.

Two of the offences here, theft (s. 334(b)(i)) and uttering a threat (s. 264.1(1)(a)), are not listed in Schedules I and II of the *Corrections and Conditional Release*

nances, déclarations et décisions visées par un certain nombre de dispositions du *Code*. La liste ne mentionne pas les ordonnances rendues en vertu de l'art. 741.2.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les cours d'appel ont compétence pour réviser une ordonnance rendue en vertu de l'art. 741.2 du *Code* et ce, en l'assimilant à une «sentence», une «peine» ou une «condamnation» au sens de l'art. 673 et de l'al. 675(1)b) du *Code*.

L'absence de motifs ne saurait faire obstacle à la révision puisque les appels fondés sur le *Code* ne visent pas les motifs, mais bien l'ordonnance du tribunal d'instance inférieure. La Cour a compétence pour réviser les décisions discrétionnaires des cours d'instance inférieure, même s'il s'agit d'une compétence qui ne doit être exercée qu'avec modération.

L'article 673 du *Code* prévoit que les ordonnances énumérées «sont assimilées» à une sentence, une peine ou une condamnation, et non que les ordonnances «définissent» ces termes, ou que ces termes visent uniquement ces ordonnances. Dans ce contexte, le sens ordinaire des mots «Y sont assimilées» indique que, à l'art. 673, la liste des ordonnances susceptibles d'être révisées n'est pas exhaustive. En outre, suivant une interprétation des mots «sentence», «peine» ou «condamnation» fondée sur le bon sens, les ordonnances rendues en vertu de l'art. 741.2 devraient être visées parce qu'elles ont manifestement une incidence sur la portion de la peine qui est purgée et elles sont pertinentes quant à la décision que rend le juge du procès après la déclaration de culpabilité.

L'ordonnance prévue à l'art. 741.2 n'est pas une décision administrative en matière de libération conditionnelle qui relève de la compétence exclusive et du pouvoir discrétionnaire absolu de la commission des libérations conditionnelles, mais ressortit plutôt au pouvoir dont le juge du procès est investi aux termes du *Code* à l'égard de la détermination de la peine. Il faut tenir compte du choix du législateur d'intégrer ce pouvoir au *Code* et non à la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. L'article 741.2 permet expressément au juge du procès de réduire le pouvoir discrétionnaire de la commission des libérations conditionnelles dans certaines circonstances.

Deux des infractions en cause, savoir le vol (sous-al. 334b)(i)) et les menaces (al. 264.1(1)a)) ne figurent pas aux annexes I et II de la *Loi sur le système correctionnel*

Act and should not have been included in the s. 741.2 order.

Cases Cited

Considered: *R. v. Vaillancourt* (1989), 49 C.C.C. (3d) 544; **referred to:** *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965; *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460; *R. v. Watson* (1993), 142 N.B.R. (2d) 327; *R. v. Landry* (1993), 143 N.B.R. (2d) 183; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Pawlyk* (1991), 72 Man. R. (2d) 1; *R. v. Goulet* (1995), 22 O.R. (3d) 118; *R. v. Steel*, [1993] O.J. No. 2563 (QL); *R. v. Warren* (1994), 128 Sask. R. 81; *R. v. Forsythe* (1994), 41 B.C.A.C. 294; *R. v. Viscount*, [1994] A.J. No. 145 (QL); *R. v. Boone* (1993), 88 Man. R. (2d) 110; *R. v. Cory* (1993), 88 Man. R. (2d) 183; *Dankyi v. R.*, [1993] R.J.Q. 2767; *R. v. Leblanc* (1993), 59 Q.A.C. 250; *R. v. Hynes* (1993), 123 N.S.R. (2d) 447, leave to appeal dismissed, [1994] 1 S.C.R. viii; *R. v. Lambert* (1994), 123 Nfld. & P.E.I.R. 347, leave to appeal dismissed, [1995] 1 S.C.R. x; *R. v. Richards* (1994), 122 Nfld. & P.E.I.R. 89; *R. v. Ferris* (1994), 153 N.B.R. (2d) 241; *R. v. McIntyre*, [1995] N.B.J. No. 178 (QL); *R. v. Canney*, [1995] N.B.J. No. 248 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(i).
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, Schedules I and II.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 264.1(1)(a) [ad. c. 27 (1st Supp.), s. 38], 334(b)(i), 673(a) [rep. & sub. S.C. 1992, c. 1, s. 58 (Sch. I, item 12)], (b) [rep. & sub. S.C. 1993, c. 45, s. 10], (c) [rep. & sub. S.C. 1992, c. 1, s. 58 (Sch. I, item 12)], 674, 675(1)(b), 741.2 [ad. S.C. 1992, c. 20, s. 203], 744 [rep. & sub. S.C. 1992, c. 11, s. 16].

Authors Cited

Canada. House of Commons. Bill C-45, *An Act to amend the Corrections and Conditional Release Act, the Criminal Code, the Criminal Records Act, the Prisons and Reformatories Act and the Transfer of Offenders Act*, 1st Sess., 35th Parl., 1994 (1st reading June 21, 1994), ss. 70, 71.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal dismissing an application for

et la mise en liberté sous condition et ne devraient donc pas avoir été incluses dans l'ordonnance rendue en vertu de l'art. 741.2.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *R. c. Vaillancourt* (1989), 49 C.C.C. (3d) 544; **arrêts mentionnés:** *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965; *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; *R. c. Watson* (1993), 142 R.N.-B. (2^e) 327; *R. c. Landry* (1993), 143 R.N.-B. (2^e) 183; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Pawlyk* (1991), 72 Man. R. (2d) 1; *R. c. Goulet* (1995), 22 O.R. (3d) 118; *R. c. Steel*, [1993] O.J. No. 2563 (QL); *R. c. Warren* (1994), 128 Sask. R. 81; *R. c. Forsythe* (1994), 41 B.C.A.C. 294; *R. c. Viscount*, [1994] A.J. No. 145 (QL); *R. c. Boone* (1993), 88 Man. R. (2d) 110; *R. c. Cory* (1993), 88 Man. R. (2d) 183; *Dankyi c. R.*, [1993] R.J.Q. 2767; *R. c. Leblanc* (1993), 59 Q.A.C. 250; *R. c. Hynes* (1993), 123 N.S.R. (2d) 447, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 1 R.C.S. viii; *R. c. Lambert* (1994), 123 Nfld. & P.E.I.R. 347, autorisation de pourvoi refusée, [1995] 1 R.C.S. x; *R. c. Richards* (1994), 122 Nfld. & P.E.I.R. 89; *R. c. Ferris* (1994), 153 R.N.-B. (2^e) 241; *R. c. McIntyre*, [1995] N.B.J. No. 178 (QL); *R. c. Canney*, [1995] N.B.J. No. 248 (QL).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(i).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 264.1(1)(a) [aj. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 38], 334(b)(i), 673(a) [abr. & rempl. L.C. 1992, ch. 1, art. 58 (ann. I, art. 12)], (b) [abr. & rempl. L.C. 1993, ch. 45, art. 10], (c) [abr. & rempl. L.C. 1992, ch. 1, art. 58 (ann. I, art. 12)], 674, 675(1)(b), 741.2 [aj. L.C. 1992, ch. 20, art. 203], 744 [abr. & rempl. L.C. 1992, ch. 11, art. 16].
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, annexes I et II.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. Projet de loi C-45, *Loi modifiant la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, le Code criminel, la Loi sur le casier judiciaire, la Loi sur les prisons et les maisons de correction et la Loi sur le transfèrement des délinquants*, 1^{re} sess., 35^e lég., 1994 (1^{re} lecture le 21 juin 1994), art. 70, 71.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, qui a rejeté une demande

leave to appeal an order as to parole eligibility made during sentencing. Appeal allowed.

Brian B. Doucet, for the appellant.

Mary Elizabeth Beaton, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J. — The issue in this case is whether courts of appeal have jurisdiction to review orders made under s. 741.2 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, as part of the “sentence” imposed by the trial judge.

The facts are not in dispute. The appellant pleaded guilty in the Provincial Court of New Brunswick before McKee Prov. Ct. J. on one count of forcible confinement, one count of assault, one count of uttering a death threat, one count of theft and two counts of assault with a weapon. He was sentenced in August 1993 to a total of 3 years and 9 months imprisonment. Pursuant to s. 741.2 of the *Code*, the trial judge ordered that the appellant serve one half of his sentence before being eligible for parole.

Section 741.2 of the *Criminal Code* provides as follows:

741.2 Notwithstanding subsection 120(1) of the *Corrections and Conditional Release Act*, where an offender is sentenced, after the coming into force of this section, to a term of imprisonment of two years or more on conviction for one or more offences set out in Schedules I and II to that Act that were prosecuted by way of indictment, the court may, if satisfied, having regard to the circumstances of the commission of the offences and the character and circumstances of the offender, that the expression of society’s denunciation of the offences or the objective of specific or general deterrence so requires, order that the portion of the sentence that must be served before the offender may be released on full parole is one half of the sentence or ten years, whichever is less.

d’autorisation d’appel visant l’ordonnance relative à l’admissibilité à la libération conditionnelle rendue au moment de la détermination de la peine. Pourvoi accueilli.

Brian B. Doucet, pour l’appellant.

Mary Elizabeth Beaton, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST — La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si une cour d’appel a compétence pour réviser une ordonnance rendue en application de l’art. 741.2 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en l’assimilant à la «peine» infligée par le juge du procès. 1

Les faits ne sont pas contestés. L’appellant a plaidé coupable en Cour provinciale du Nouveau-Brunswick, devant le juge McKee, à l’égard d’un chef de séquestration, d’un chef de voies de fait, d’un chef de menaces de mort, d’un chef de vol et de deux chefs d’agression armée. En août 1993, il a été condamné, au total, à trois ans et neuf mois d’emprisonnement. Se fondant sur l’art. 741.2 du *Code*, le juge du procès a ordonné que l’appellant purge la moitié de sa peine avant d’être admissible à la libération conditionnelle. 2

Voici le libellé de l’art. 741.2 du *Code criminel*: 3

741.2 Par dérogation au paragraphe 120(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, le tribunal peut, s’il est convaincu, selon les circonstances de l’infraction, du caractère et des particularités du délinquant, que la réprobation de la société à l’égard de l’infraction commise ou l’effet dissuasif de l’ordonnance l’exige, ordonner que le délinquant condamné, après l’entrée en vigueur du présent article, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, à une peine d’emprisonnement d’au moins deux ans pour une infraction mentionnée aux annexes I ou II, purge, avant d’être admissible à la libération conditionnelle totale, le moindre de la moitié de sa peine ou dix ans.

4 The appellant applied for leave to appeal against his sentence including the order made pursuant to s. 741.2 of the *Code*. The Court of Appeal of New Brunswick denied the appellant leave to appeal and gave no reasons. Leave was then granted to this Court. At the conclusion of the hearing in this Court, Lamer C.J. issued judgment allowing the appeal, on the basis that an appeal lies to a provincial court of appeal from an order made under s. 741.2 of the *Code*. The record was referred back to the Court of Appeal of New Brunswick for reconsideration of the application for leave to appeal. Reasons were to follow. These are the reasons.

5 I should state at the outset that it is my view that courts of appeal have jurisdiction to review orders made under s. 741.2 of the *Code* as part of "sentence" under ss. 673 and 675(1)(b) of the *Code*. Before reaching this substantive issue, however, a preliminary jurisdictional matter must be addressed.

6 The respondent argued that this Court should not hear this appeal since it involves the review of a discretionary decision of a lower court, made without reasons. The lack of reasons is not grounds for barring review, since appeals under the *Code* are taken not from the reasons of a lower court, but from its order; see *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965. And it is clear from the decision of this Court in *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460, that the Court has jurisdiction to review the discretionary decisions of lower courts, even if, as was emphasized in that case, this is a jurisdiction that should only be exercised sparingly.

7 It is true, as the respondent pointed out, that we cannot be sure in this case that the New Brunswick Court of Appeal refused the appellant leave to appeal his sentence on the basis of a want of jurisdiction respecting the order made under s. 741.2. Still, in light of other judgments issued by that court, there is reason to believe that leave to appeal may have been refused at least in part on this basis.

L'appelant a demandé l'autorisation d'en appeler de sa peine, y compris l'ordonnance rendue en vertu de l'art. 741.2 du *Code*. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a refusé d'accorder l'autorisation d'appel, sans motiver sa décision. L'appelant a par la suite obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour. À la fin de l'audience, le juge en chef Lamer a accueilli le pourvoi pour le motif qu'une ordonnance fondée sur l'art. 741.2 du *Code* peut faire l'objet d'un appel devant une cour d'appel provinciale. L'affaire a été renvoyée à la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick pour qu'elle procède à un nouvel examen de la demande d'autorisation d'appel, les motifs devant suivre. Voici ces motifs.

D'entrée de jeu, je dois préciser que, selon moi, les cours d'appel ont compétence pour réviser une ordonnance rendue en vertu de l'art. 741.2 du *Code* et ce, en l'assimilant à une «sentence», une «peine» ou une «condamnation» au sens de l'art. 673 et de l'al. 675(1)(b) du *Code*. Toutefois, avant d'aborder cette question de fond, il me faut trancher une question préliminaire de compétence.

L'intimée soutient que notre Cour ne devrait pas entendre le pourvoi parce que celui-ci vise une décision discrétionnaire qu'une cour d'instance inférieure a rendue sans prononcer de motifs. L'absence de motifs ne saurait faire obstacle à la révision puisque les appels fondés sur le *Code* ne visent pas les motifs, mais bien l'ordonnance du tribunal d'instance inférieure; voir *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965. En outre, il ressort clairement de l'arrêt *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, que notre Cour a compétence pour réviser les décisions discrétionnaires des cours d'instance inférieure, même si, comme le précise cet arrêt, il s'agit d'une compétence qui ne doit être exercée qu'avec modération.

Comme le fait remarquer l'intimée, il est vrai qu'on ne peut être certain, en l'espèce, que la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a refusé à l'appelant l'autorisation d'en appeler de sa peine parce qu'elle estimait ne pas avoir compétence à l'égard de l'ordonnance rendue en application de l'art. 741.2. Néanmoins, vu d'autres jugements prononcés par cette cour, il y a lieu de croire que le

In both *R. v. Watson* (1993), 142 N.B.R. (2d) 327, and *R. v. Landry* (1993), 143 N.B.R. (2d) 183, the Court of Appeal held that it did not have jurisdiction to review orders made under s. 741.2. The question of whether such orders can be reviewed by courts of appeal has provoked some confusion in lower courts across the country, and the case at bar presents us with an appropriate opportunity to resolve the issue, which is clearly an important question of law relating to the sentencing process, and therefore a matter upon which this Court should pronounce; see *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, at p. 397.

The argument respecting the jurisdiction of courts of appeal to review s. 741.2 orders turns on the application of ss. 673-675 of the *Code*. Section 674 provides that no proceedings other than those set forth in the *Code* "shall be taken by way of appeal in proceedings in respect of indictable offences". Pursuant to s. 675(1)(b), a person convicted of an indictable offence may appeal to the court of appeal "against the sentence passed by the trial court, with leave of the court of appeal or a judge thereof unless that sentence is one fixed by law". The difficulty arises in determining what constitutes a "sentence" under s. 675(1)(b). Section 673 provides that "sentence" in this part of the *Code* includes a variety of orders, declarations and dispositions provided for under various *Code* provisions. The list does not mention orders made under s. 741.2.

It should first be observed that s. 673 provides that a sentence "includes" the listed orders, not that it is "defined" by them, or that it "means" only them. A plain reading of the word "includes" in this context suggests that the list of reviewable orders under s. 673 is not exhaustive. Moreover, on a common sense understanding of the word "sentence" it seems clear that orders made under

refus peut être fondé, du moins en partie, sur ce motif. Tant dans *R. c. Watson* (1993), 142 R.N.-B. (2^e) 327, que dans *R. c. Landry* (1993), 143 R.N.-B. (2^e) 183, la Cour d'appel a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour réviser une ordonnance rendue en vertu de l'art. 741.2. La question de savoir si une telle ordonnance peut faire l'objet d'une révision par une cour d'appel a créé une certaine confusion au sein des cours d'instance inférieure à l'échelle du pays, et la présente affaire est une bonne occasion de trancher la question, qui constitue manifestement une importante question de droit liée au processus de détermination de la peine et, par conséquent, une question sur laquelle notre Cour devrait se prononcer; voir *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, à la p. 397.

L'argumentation relative à la compétence des cours d'appel en ce qui concerne la révision d'une ordonnance fondée sur l'art. 741.2 tourne autour de l'application des art. 673 à 675 du *Code*. L'article 674 dispose que nulle procédure autre que celles qui sont prévues dans le *Code* «ne peut être intentée par voie d'appel dans des procédures concernant des actes criminels». Aux termes de l'al. 675(1)b), une personne déclarée coupable d'un acte criminel peut interjeter appel devant la cour d'appel «de la sentence rendue par le tribunal de première instance, avec l'autorisation de la cour d'appel ou de l'un de ses juges, à moins que cette sentence ne soit de celles que fixe la loi». La difficulté consiste à déterminer ce qui constitue une «sentence» au sens de l'al. 675(1)b). L'article 673 prévoit que, dans cette partie du *Code*, sont assimilées à une «sentence», une «peine» ou une «condamnation» différentes ordonnances, déclarations et décisions visées par un certain nombre de dispositions du *Code*. La liste ne mentionne pas les ordonnances rendues en vertu de l'art. 741.2.

Il convient tout d'abord de signaler que l'art. 673 prévoit que les ordonnances énumérées «sont assimilées» à une sentence, une peine ou une condamnation, et non que les ordonnances «définissent» ces termes, ou que ces termes visent uniquement ces ordonnances. Dans ce contexte, le sens ordinaire des mots «Y sont assimilées» indique que, à l'art. 673, la liste des ordonnances suscep-

s. 741.2 should qualify. For these orders clearly affect the length of time that a sentence is served, and are relevant to the disposition of the trial judge following conviction; see *R. v. Pawlyk* (1991), 72 Man. R. (2d) 1 (C.A.), at p. 6. It seems to me artificial to suggest that a s. 741.2 order is not part of the "sentence" imposed on an offender.

tibles d'être révisées n'est pas exhaustive. En outre, suivant une interprétation des mots «sentence», «peine» ou «condamnation» fondée sur le bon sens, il appert que les ordonnances rendues en vertu de l'art. 741.2 devraient être visées. En effet, ces ordonnances ont manifestement une incidence sur la portion de la peine qui est purgée et elles sont pertinentes quant à la décision que rend le juge du procès après la déclaration de culpabilité; voir *R. c. Pawlyk* (1991), 72 Man. R. (2d) 1 (C.A.), à la p. 6. Il me semble artificiel de dire que l'ordonnance rendue en vertu de l'art. 741.2 ne fait pas partie de la «peine» qui est infligée au contrevenant.

¹⁰ The respondent argued that a s. 741.2 order is analogous to a parole order made under the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20. As such, it is simply a judicial, as opposed to a typically administrative, power to determine parole, and is not part of a formal sentence. Since the fitness for eligibility of parole is generally not remediable under the *Corrections and Conditional Release Act*, the respondent submitted, it was unnecessary for a trial judge's decision made under s. 741.2 to be remediable. Parliament has been consistent, this argument runs, in giving the Parole Board exclusive jurisdiction and absolute discretion in relation to the granting of parole under the *Corrections and Conditional Release Act*, and in not providing a right of appeal under the *Criminal Code* for a judicial decision regarding parole eligibility orders made under s. 741.2.

L'intimée fait valoir que l'ordonnance prévue à l'art. 741.2 s'apparente à une ordonnance rendue en matière de libération conditionnelle en vertu de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20. À ce titre, il s'agit simplement d'un pouvoir judiciaire, par opposition à un pouvoir typiquement administratif, de statuer en matière de libération conditionnelle, et cette ordonnance ne fait pas partie de la peine comme telle. La *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* ne prévoyant généralement pas de recours quant à l'opportunité d'accorder une libération conditionnelle, l'intimée soutient qu'il n'est pas nécessaire que la décision d'un juge du procès rendue en vertu de l'art. 741.2 puisse être corrigée. Selon l'argumentation avancée, le législateur aurait fait preuve de cohérence en conférant à la commission des libérations conditionnelles une compétence exclusive et un pouvoir discrétionnaire absolu en ce qui a trait à l'octroi de la libération conditionnelle en vertu de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* et en ne prévoyant pas un droit d'appel dans le *Code criminel* à l'égard d'une ordonnance concernant l'admissibilité à la libération conditionnelle rendue en application de l'art. 741.2.

¹¹ My difficulty with this argument is that the s. 741.2 order is not an administrative parole determination, within the exclusive jurisdiction and absolute discretion of the Parole Board, but is instead included in the *Code* as part of a trial

Ce qui me gêne dans cette argumentation est que l'ordonnance prévue à l'art. 741.2 n'est pas une décision administrative en matière de libération conditionnelle qui relève de la compétence exclusive et du pouvoir discrétionnaire absolu de la

judge's authority. Parliament's decision to place this power in the *Code* rather than in the *Corrections and Conditional Release Act* should not be ignored. The inclusion of s. 741.2 of the *Code* should, in my view, be understood to indicate an intention on the part of Parliament explicitly to allow a trial judge to reduce the discretion of the Parole Board in certain circumstances, by requiring an accused to serve one half of his or her term of imprisonment before being able to seek parole. The point is that under s. 741.2 the determination of conditional release eligibility has now become a factor in sentencing, and not simply a matter exclusively in the hands of the Parole Board. I agree with the following comments of Griffiths J.A. in *R. v. Goulet* (1995), 22 O.R. (3d) 118 (C.A.), at pp. 122-23:

Section 741.2 clearly operates as an exception to the general statutory provision governing parole eligibility [s. 120(1) of the *Corrections and Conditional Release Act*, which requires generally that one-third of a sentence be served before an application for parole] and contemplates a further restriction on the offender's liberty beyond that which normally flows from the prison term imposed by the sentencing judge. An order made under s. 741.2 restricting eligibility for parole increases the punishment imposed by the sentence in a very real way. In making an order under s. 741.2 increasing parole ineligibility the sentencing judge is looking into the future and declaring that the offender should not even be considered for parole during some part of what would otherwise be his or her period of parole eligibility. A s. 741.2 order pre-emptly the normal role of the Parole Board during the added period of parole ineligibility and replaces the case-by-case exercise of that expert tribunal's discretion with an absolute order made years before the effect of that order is felt.

commission des libérations conditionnelles, mais ressortit plutôt au pouvoir dont le juge du procès est investi aux termes du *Code*. Il faut tenir compte du choix du législateur d'intégrer ce pouvoir au *Code* et non à la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Selon moi, la présence de l'art. 741.2 dans le *Code* traduit l'intention du législateur de permettre expressément au juge du procès de réduire le pouvoir discrétionnaire de la commission des libérations conditionnelles dans certaines circonstances en exigeant qu'un accusé purge la moitié de sa peine d'emprisonnement avant qu'il ne soit admissible à la libération conditionnelle. En fait, aux termes de l'art. 741.2, la décision concernant l'admissibilité à la libération conditionnelle est désormais un facteur de la détermination de la peine et non simplement une question qui relève exclusivement de la commission des libérations conditionnelles. Je suis en accord avec les observations suivantes du juge Griffiths dans *R. c. Goulet* (1995), 22 O.R. (3d) 118 (C.A.), aux pp. 122 et 123:

[TRADUCTION] L'article 741.2 constitue de toute évidence une exception à la disposition législative générale qui régit l'admissibilité à la libération conditionnelle [le par. 120(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, selon lequel un tiers de la peine doit généralement être purgé avant qu'une demande de libération conditionnelle ne puisse être présentée] et prévoit une restriction supplémentaire de la liberté du contrevenant en plus de celle qui découle normalement de l'emprisonnement ordonné par le juge qui prononce la peine. L'ordonnance rendue en application de l'art. 741.2, qui restreint l'admissibilité à la libération conditionnelle, accroît de façon tangible le châtiment qui découle de la peine infligée. Lorsqu'il rend une telle ordonnance et prolonge la période d'inadmissibilité, le juge qui prononce la peine se livre à un exercice prospectif et déclare que la mise en liberté sous condition du contrevenant ne devrait même pas être envisagée pendant une certaine partie de ce qui correspondrait par ailleurs à sa période d'admissibilité à la libération conditionnelle. Aux termes de l'art. 741.2, la cour empiète sur le rôle normalement dévolu à la commission des libérations conditionnelles pendant la période supplémentaire d'inadmissibilité et l'ordonnance de caractère absolu qui est rendue plusieurs années avant que ses effets ne se fassent sentir se substitue à l'exercice, par ce tribunal spécialisé, de son pouvoir discrétionnaire dans chaque cas individuel.

12

In making its case, the respondent also relied on the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Vaillancourt* (1989), 49 C.C.C. (3d) 544, in which it was concluded that the Court of Appeal did not have jurisdiction to review a jury determination respecting parole made under s. 745 of the *Code*. That section allows an offender who has served 15 years of a sentence for murder to apply for a jury determination as to whether his or her parole ineligibility period should be reduced below the 25-year statutory minimum. The Court of Appeal held that such a determination could not be said to constitute part of the sentencing process and therefore was not appealable as a "sentence" under s. 675(1)(b). In my view this case is distinguishable from the case at bar. The determination of a jury respecting parole 15 years after an offender's conviction is, I agree, difficult to cast as part of the sentence imposed by the trial judge upon conviction. By contrast, an order made under s. 741.2 is clearly part of the punishment meted out by the trial judge; as such, I believe it is appealable under s. 675(1)(b). It should also be noted that parole ineligibility orders made under s. 744 of the *Code* are listed as part of sentence under s. 673. Section 744 provides that a trial judge at the time of sentencing may increase the parole ineligibility period of an offender convicted of second degree murder. This power is analogous to that granted a trial judge under s. 741.2, and in my view the inclusion of s. 744 orders as part of sentence under s. 673 is indicative of Parliament's desire that other similar orders should also be held to constitute part of sentence.

À l'appui de sa cause, l'intimée invoque également la décision *R. c. Vaillancourt* (1989), 49 C.C.C. (3d) 544, où la Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'elle n'a pas compétence pour réviser la décision d'un jury en matière de libération conditionnelle fondée sur l'art. 745 du *Code*. Cette disposition prévoit que le contrevenant qui a purgé 15 ans de sa peine après avoir été déclaré coupable de meurtre peut demander qu'un jury se prononce sur la possibilité que sa période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle soit réduite malgré le minimum de 25 ans prévu par la loi. La Cour d'appel est arrivée à la conclusion qu'une telle décision ne saurait être considérée comme faisant partie du processus de détermination de la peine et ne peut donc pas faire l'objet d'un appel à titre de «sentence» au sens de l'al. 675(1)(b). À mon avis, une distinction peut être établie entre cette affaire et la présente espèce. Je conviens que la décision d'un jury concernant la libération conditionnelle d'un contrevenant 15 ans après sa déclaration de culpabilité peut difficilement être considérée comme faisant partie de la sentence prononcée par le juge du procès au moment de la déclaration de culpabilité. Par contre, l'ordonnance rendue en application de l'art. 741.2 fait clairement partie du châtimeut infligé par le juge du procès; à ce titre, j'estime qu'elle peut faire l'objet d'un appel en vertu de l'al. 675(1)(b). Il faut également signaler que les ordonnances concernant l'inadmissibilité à la libération conditionnelle rendues en application de l'art. 744 du *Code* font partie des éléments qui constituent une sentence, une peine ou une condamnation au sens de l'art. 673. L'article 744 prévoit que, au moment de prononcer la peine, le juge du procès peut accroître la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle d'un contrevenant qui est reconnu coupable de meurtre au deuxième degré. Il s'agit d'un pouvoir analogue à celui dont est investi le juge du procès aux termes de l'art. 741.2 et, selon moi, le fait que l'ordonnance visée à l'art. 744 soit assimilée à une sentence, à une peine ou à une condamnation au sens de l'art. 673 est l'indice de la volonté du législateur de faire en sorte que d'autres ordonnances similaires soient également considérées comme faisant partie de la peine.

In concluding that courts of appeal have jurisdiction to review orders under s. 741.2 of the *Code*, I endorse the view taken by several courts of appeal across the country. The Ontario Court of Appeal has explicitly held that it has the jurisdiction to review s. 741.2 orders as part of a "sentence" under the *Code*; see *R. v. Steel*, [1993] O.J. No. 2563, and *Goulet*, *supra*. The Saskatchewan Court of Appeal also seemed to have been of this view in *R. v. Warren* (1994), 128 Sask. R. 81, although in that case the Crown conceded the court's jurisdiction.

In British Columbia, Alberta, Manitoba, Quebec and Nova Scotia, courts of appeal have assumed the jurisdiction to hear appeals from s. 741.2 orders without ruling on the issue; see for example *R. v. Forsythe* (1994), 41 B.C.A.C. 294, *R. v. Viscount*, [1994] A.J. No. 145, *R. v. Boone* (1993), 88 Man. R. (2d) 110, *R. v. Cory* (1993), 88 Man. R. (2d) 183, *Dankyi v. R.*, [1993] R.J.Q. 2767, *R. v. Leblanc* (1993), 59 Q.A.C. 250, and *R. v. Hynes* (1993), 123 N.S.R. (2d) 447, application for leave to appeal dismissed, [1994] 1 S.C.R. viii. While ruling on the application of s. 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to s. 741.2 orders, the Newfoundland Court of Appeal has specifically refrained from deciding the jurisdictional issue; see *R. v. Lambert* (1994), 123 Nfld. & P.E.I.R. 347, application for leave to appeal dismissed, [1995] 1 S.C.R. x.

Only the New Brunswick and Prince Edward Island Courts of Appeal have held that they do not have jurisdiction to hear an appeal from an order made under s. 741.2 because this order is not a "sentence" under s. 673 of the *Code*, but is instead an order made after sentence; see *Watson*, *supra*, and *Landry*, *supra*, and *R. v. Richards* (1994), 122 Nfld. & P.E.I.R. 89. A number of New Brunswick Court of Appeal decisions made since the present case was decided would appear to suggest, however, that its view that it does not have jurisdiction to review s. 741.2 orders may be restricted solely to situations where an appeal on the merits of the

En concluant qu'une cour d'appel a compétence pour réviser une ordonnance rendue en application de l'art. 741.2 du *Code*, je partage le point de vue exprimé par plusieurs cours d'appel au pays. La Cour d'appel de l'Ontario a expressément conclu qu'elle avait compétence pour réviser une telle ordonnance en l'assimilant à la «peine» infligée en vertu du *Code*; voir *R. c. Steel*, [1993] O.J. No. 2563, et *Goulet*, précité. La Cour d'appel de la Saskatchewan semble également avoir adopté ce point de vue dans *R. c. Warren* (1994), 128 Sask. R. 81, bien que dans cette affaire le ministère public ait reconnu la compétence de la cour.

En Colombie-Britannique, en Alberta, au Manitoba, au Québec et en Nouvelle-Écosse, les cours d'appel ont tenu pour acquis qu'elles avaient compétence pour entendre un appel visant une ordonnance fondée sur l'art. 741.2, mais elles ne se sont pas prononcées sur la question; voir, à titre d'exemple, *R. c. Forsythe* (1994), 41 B.C.A.C. 294; *R. c. Viscount*, [1994] A.J. No. 145; *R. c. Boone* (1993), 88 Man. R. (2d) 110; *R. c. Cory* (1993), 88 Man. R. (2d) 183, *Dankyi c. R.*, [1993] R.J.Q. 2767, *R. c. Leblanc* (1993), 59 Q.A.C. 250, et *R. c. Hynes* (1993), 123 N.S.R. (2d) 447, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 1 R.C.S. viii. Appelée à se prononcer sur l'application de l'al. 11i) de la *Charte canadienne des droits et libertés* à l'ordonnance prévue à l'art. 741.2, la Cour d'appel de Terre-Neuve s'est expressément abstenue de trancher la question de la compétence; voir *R. c. Lambert* (1994), 123 Nfld. & P.E.I.R. 347, autorisation de pourvoi refusée, [1995] 1 R.C.S. x.

Seules les cours d'appel du Nouveau-Brunswick et de l'Île-du-Prince-Édouard ont conclu qu'elles n'avaient pas la compétence voulue pour entendre un appel visant une ordonnance rendue en vertu de l'art. 741.2 du fait qu'une telle ordonnance n'était pas une «sentence», une «peine» ou une «condamnation» au sens de l'art. 673 du *Code*, mais plutôt une ordonnance rendue après le prononcé de la peine; voir *Watson* et *Landry*, précités, ainsi que *R. c. Richards* (1994), 122 Nfld. & P.E.I.R. 89. Selon un certain nombre d'arrêtés de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick rendus depuis que notre Cour a statué dans la présente affaire il semble toutefois

13

14

15

s. 741.2 order alone is proposed. In *R. v. Ferris* (1994), 153 N.B.R. (2d) 241, and *R. v. McIntyre*, [1995] N.B.J. No. 178, the Court of Appeal granted leave to decide a s. 11(i) *Charter* issue relating to the application of s. 741.2, but in doing so, it specifically upheld its earlier decision in *Watson* that it lacked jurisdiction to review s. 741.2 orders alone on their merits. More recently, in *R. v. Canney*, [1995] N.B.J. No. 248, the Court of Appeal set aside a s. 741.2 order, but it did so in the context of varying the entire sentence imposed by the trial judge.

que l'opinion de la Cour d'appel voulant qu'elle n'ait pas compétence pour réviser une ordonnance fondée sur l'art. 741.2 pourrait ne valoir que dans les cas où seul est interjeté un appel visant le bien-fondé de cette ordonnance. Dans *R. c. Ferris* (1994), 153 R.N.-B. (2^e) 241, et dans *R. c. McIntyre*, [1995] N.B.J. No. 178, la Cour d'appel a accordé l'autorisation d'appel afin que soit tranchée une question liée à l'application de l'art. 741.2, compte tenu de l'al. 11i) de la *Charte*, mais ce faisant, elle a expressément confirmé sa décision antérieure dans *Watson* selon laquelle elle n'avait pas compétence pour réviser une ordonnance fondée sur l'art. 741.2 aux seules fins de se prononcer sur son bien-fondé. Plus récemment, dans *R. c. Canney*, [1995] N.B.J. No. 248, la Cour d'appel a annulé une ordonnance rendue en application de l'art. 741.2, mais elle l'a fait dans le contexte de la modification intégrale de la peine infligée par le juge du procès.

16

With respect, it is my view, for the reasons stated above, that the New Brunswick and Prince Edward Island Courts of Appeal are simply wrong to hold that they do not have jurisdiction to review s. 741.2 orders on their merits. The soundness of the view that courts of appeal should be understood to have the jurisdiction to review s. 741.2 orders is confirmed by a recently proposed amendment to the *Criminal Code* to this effect. Bill C-45, *An Act to amend the Corrections and Conditional Release Act, the Criminal Code, the Criminal Records Act, the Prisons and Reformatories Act and the Transfer of Offenders Act*, was reported to the House of Commons on March 22, 1995 after being considered by the Standing Committee on Justice and Legal Affairs. It specifically provides for a right of appeal in the *Criminal Code* respecting orders made under s. 741.2. At the time the present case was heard, Bill C-45 had not yet received second reading in the House. It contains the following provisions:

70. Section 675 of the *Criminal Code* is amended by adding the following after subsection (2):

En toute déférence, je suis d'avis, pour les motifs énoncés précédemment, que les cours d'appel du Nouveau-Brunswick et de l'Île-du-Prince-Édouard ont tout simplement tort de conclure qu'elles n'ont pas compétence pour examiner le bien-fondé d'une ordonnance rendue en vertu de l'art. 741.2. La justesse du point de vue voulant que les cours d'appel aient une telle compétence est confirmée par un récent projet de modification du *Code criminel* en ce sens. Le 22 mars 1995, après son examen par le Comité permanent de la justice et des questions juridiques, le projet de loi C-45, intitulé *Loi modifiant la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, le Code criminel, la Loi sur le casier judiciaire, la Loi sur les prisons et les maisons de correction et la Loi sur le transfèrement des délinquants*, a fait l'objet d'un rapport devant la Chambre des communes. Il prévoit expressément un droit d'appel, dans le *Code criminel*, à l'égard des ordonnances rendues en application de l'art. 741.2. Au moment où la présente affaire a été entendue, le projet de loi C-45 n'avait pas encore atteint le stade de la deuxième lecture aux Communes. En voici un extrait:

70. L'article 675 du *Code criminel* est modifié par adjonction, après le paragraphe (2), de ce qui suit:

(2.1) A person against whom an order under section 741.2 has been made may appeal to the court of appeal against the order.

71. Section 676 of the Act is amended by adding the following after subsection (4):

(5) The Attorney General or counsel instructed by the Attorney General for the purpose may appeal to the court of appeal against the decision of the court not to make an order under section 741.2.

There is no need for me to review the merits of the s. 741.2 order made by the trial judge in this case, as we have referred the matter back to the Court of Appeal for reconsideration of the application for leave to appeal. I do wish to note, however, that two of the offences of which the appellant was convicted, theft under s. 334(b)(i) of the *Code* and uttering a threat under s. 264.1(1)(a) of the *Code*, are not listed as Schedules I and II of the *Corrections and Conditional Release Act* and thus should not have been included in the s. 741.2 order.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Brian B. Doucet, Sackville.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Moncton.

(2.1) La personne qui a fait l'objet de l'ordonnance prévue à l'article 741.2 peut interjeter appel de celle-ci.

71. L'article 676 de la même loi est modifié par adjonction, après le paragraphe (4), de ce qui suit:

(5) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut interjeter appel, devant la cour d'appel, de la décision du tribunal de ne pas rendre l'ordonnance prévue à l'article 741.2.

Il n'est pas nécessaire que j'examine le bien-fondé de l'ordonnance rendue en l'espèce par le juge du procès en vertu de l'art. 741.2, étant donné que l'affaire a été renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle procède à un nouvel examen de la demande d'autorisation d'appel. Je tiens toutefois à signaler que deux des infractions dont l'appelant a été reconnu coupable aux termes du sous-al. 334b(i) et de l'al. 264.1(1)a) du *Code*, savoir le vol et les menaces, ne figurent pas aux annexes I et II de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* et ne devraient donc pas avoir été incluses dans l'ordonnance rendue en vertu de l'art. 741.2.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant: Brian B. Doucet, Sackville.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Moncton.

**Morris Manning and the Church of
Scientology of Toronto** *Appellants*

v.

S. Casey Hill *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario, the
Canadian Civil Liberties Association, the
Writers' Union of Canada, PEN Canada,
the Canadian Association of Journalists, the
Periodical Writers Association of Canada,
the Book and Periodical Council, the
Canadian Daily Newspaper Association, the
Canadian Community Newspapers
Association, the Canadian Association of
Broadcasters, the Radio-Television News
Directors Association of Canada, the
Canadian Book Publishers' Council and the
Canadian Magazine Publishers'
Association** *Interveners*

**INDEXED AS: HILL v. CHURCH OF SCIENTOLOGY OF
TORONTO**

File No.: 24216.

1995: February 20; 1995: July 20.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

*Constitutional law — Charter of Rights — Applica-
tion — Libel and slander — Church of Scientology com-
mencing criminal contempt proceedings against Crown
attorney — Church's counsel and representatives hold-
ing press conference on courthouse steps — Counsel
reading from and commenting on allegations in con-
tempt motion — Contempt allegations subsequently
found to be untrue — Crown attorney bringing action
for damages in libel — Whether Crown attorney's
action for damages "government action" — Whether*

**Morris Manning et l'Église de scientologie
de Toronto** *Appelants*

c.

S. Casey Hill *Intimé*

et

**Le procureur général de l'Ontario,
l'Association canadienne des libertés civiles,
Writers' Union of Canada, PEN Canada,
l'Association canadienne des journalistes,
Periodical Writers Association of Canada,
Book and Periodical Council, l'Association
canadienne des éditeurs de quotidiens,
Canadian Community Newspapers
Association, l'Association canadienne des
radiodiffuseurs, l'Association canadienne des
directeurs de l'information en radio-
télévision, Canadian Book Publishers'
Council et Canadian Magazine Publishers'
Association** *Intervenants*

**RÉPERTOIRE: HILL c. ÉGLISE DE SCIENTOLOGIE DE
TORONTO**

N° du greffe: 24216.

1995: 20 février; 1995: 20 juillet.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Applica-
tion — Libelle et diffamation — L'Église de scientologie
institue une procédure pour outrage au criminel contre
un substitut du procureur général — L'avocat et des
représentants de l'Église tiennent une conférence de
presse devant le palais de justice — L'avocat lit et com-
mente des allégations contenues dans la requête pour
outrage — Les allégations d'outrage se révèlent fausses
par la suite — Le substitut du procureur général intente
une action en dommages-intérêts pour libelle — L'ac-
tion du substitut du procureur général en dommages-
intérêts est-elle une «action gouvernementale»? — La*

Charter applies — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32(1).

Libel and slander — Common law of defamation — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether common law of defamation complies with values underlying Charter — Whether “actual malice” rule should be adopted.

Libel and slander — Defences — Qualified privilege — Church of Scientology commencing criminal contempt proceedings against Crown attorney — Church’s counsel and representatives holding press conference on courthouse steps — Counsel reading from and commenting on allegations in contempt motion — Contempt allegations subsequently found to be untrue — Crown attorney bringing action for damages in libel — Whether defence of qualified privilege available.

Libel and slander — Damages — General damages — Aggravated damages — Punitive damages — Church of Scientology commencing criminal contempt proceedings against Crown attorney — Church’s counsel and representatives holding press conference on courthouse steps — Counsel reading from and commenting on allegations in contempt motion — Contempt allegations subsequently found to be untrue — Crown attorney bringing action for damages in libel — Counsel and Church found jointly liable for general damages — Church found liable for aggravated and punitive damages — Whether cap should be imposed on general damages in defamation cases — Whether damage awards should stand.

The appellant M, accompanied by representatives of the appellant Church of Scientology, held a press conference on the courthouse steps. M, who was wearing his barrister’s gown, read from and commented upon allegations contained in a notice of motion by which Scientology intended to commence criminal contempt proceedings against the respondent, a Crown attorney. The notice of motion alleged that the respondent had misled a judge and had breached orders sealing certain documents belonging to Scientology. The remedy sought was the imposition of a fine or his imprisonment. At the contempt proceedings, the allegations against the respondent were found to be untrue and without foundation. He thereupon commenced an action for damages in

Charte s’applique-t-elle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32(1).

Libelle et diffamation — Common law de la diffamation — Charte canadienne des droits et libertés — La common law de la diffamation est-elle conforme aux valeurs de la Charte? — Faut-il adopter la règle de la «malveillance véritable»?

Libelle et diffamation — Moyens de défense — Immunité relative — L’Église de scientologie institue une procédure pour outrage au criminel contre un substitut du procureur général — L’avocat et des représentants de l’Église tiennent une conférence de presse devant le palais de justice — L’avocat lit et commente des allégations contenues dans la requête pour outrage — Les allégations d’outrage se révèlent fausses par la suite — Le substitut du procureur général intente une action en dommages-intérêts pour libelle — La défense de l’immunité relative peut-elle être invoquée?

Libelle et diffamation — Dommages-intérêts — Dommages-intérêts généraux — Dommages-intérêts majorés — Dommages-intérêts punitifs — L’Église de scientologie institue une procédure pour outrage au criminel contre un substitut du procureur général — L’avocat et des représentants de l’Église tiennent une conférence de presse devant le palais de justice — L’avocat lit et commente des allégations contenues dans la requête pour outrage — Les allégations d’outrage se révèlent fausses par la suite — Le substitut du procureur général intente une action en dommages-intérêts pour libelle — L’avocat et l’Église sont condamnés solidairement à des dommages-intérêts généraux — L’Église est condamnée à des dommages-intérêts majorés et punitifs — Faut-il imposer un plafond aux dommages-intérêts généraux dans les affaires de diffamation? — Les montants adjugés à titre de dommages-intérêts doivent-ils être maintenus?

Accompagné de représentants de l’appelante, l’Église de scientologie, l’appellant M a tenu une conférence de presse devant le palais de justice. Vêtu de sa toge d’avocat, M a lu et commenté certaines allégations contenues dans un avis de requête par lequel Scientology souhaitait instituer une procédure pour outrage au criminel contre l’intimé, un substitut du procureur général. On y alléguait que l’intimé avait induit un juge en erreur et avait enfreint des ordonnances de mise sous scellés de certains documents appartenant à Scientology. On y réclamait la condamnation de l’intimé à une amende ou à une peine d’emprisonnement. Lors de la procédure pour outrage, les allégations visant l’intimé se sont révélées fausses et sans fondement. Il a alors intenté une

libel against the appellants. Both appellants were found jointly liable for general damages in the amount of \$300,000 and Scientology alone was found liable for aggravated damages of \$500,000 and punitive damages of \$800,000. This judgment was affirmed by the Court of Appeal. The major issues raised in this appeal are whether the common law of defamation is consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and whether the jury's award of damages can stand.

Held: The appeal should be dismissed.

Per La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The respondent's action for damages does not constitute government action within the meaning of s. 32 of the *Charter*. The fact that persons are employed by the government does not mean that their reputation is automatically divided into two parts, one related to their personal life and the other to their employment status. Reputation is an integral and fundamentally important aspect of every individual; it exists for everyone quite apart from employment. The appellants impugned the character, competence and integrity of the respondent himself, and not that of the government. He, in turn, responded by instituting legal proceedings in his own capacity. There was no evidence that the Ministry of the Attorney General or the Government of Ontario required or even requested him to do so. Neither is there any indication that the Ministry controlled the conduct of the litigation in any way. The fact that the respondent's suit may have been funded by the Ministry does not alter his constitutional status or cloak his personal action in the mantle of government action. Further, even if there were sufficient government action to bring this case within s. 32, the appellants failed to provide any evidentiary basis upon which to adjudicate their constitutional attack.

The common law must be interpreted in a manner which is consistent with *Charter* principles. This obligation is simply a manifestation of the inherent jurisdiction of the courts to modify or extend the common law in order to comply with prevailing social conditions and values. In its application to the parties in this action, the common law of defamation complies with the underlying values of the *Charter* and there is no need to amend or alter it. The common law strikes an appropriate balance between the twin values of reputation and freedom of expression. The protection of reputation is of vital importance, and consideration must be given to the particular significance reputation has for a lawyer. Although it is not specifically mentioned in the *Charter*,

action en dommages-intérêts pour libelle contre les appelants. Tous deux ont été condamnés solidairement à des dommages-intérêts généraux de 300 000 \$, et Scientology seule a été condamnée à payer des dommages-intérêts majorés de 500 000 \$ et des dommages-intérêts punitifs de 800 000 \$. La Cour d'appel a confirmé ce jugement. Le pourvoi soulève deux questions centrales: la common law de la diffamation est-elle conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'adjudication des dommages-intérêts par le jury peut-elle être maintenue?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: L'action en dommages-intérêts intentée par l'intimé n'est pas une «action gouvernementale» au sens de l'art. 32 de la *Charte*. Le fait pour une personne de travailler pour le gouvernement ne signifie pas que sa réputation se divise automatiquement en deux moitiés, l'une reliée à sa vie privée et l'autre à son emploi. La réputation est un aspect intégral et fondamentalement important de tout individu. Elle vaut pour tous, peu importe l'emploi occupé. Les appelants ont attaqué la moralité, la compétence et l'intégrité de l'intimé, et non ceux du gouvernement. À son tour, il a répliqué en instituant une procédure judiciaire de son propre chef. Aucune preuve n'indique que le ministère du Procureur général ou le gouvernement de l'Ontario ont exigé ou même demandé qu'il le fasse, ni que le ministère veillait de quelque façon au déroulement du litige. Le fait que l'action intentée par l'intimé puisse avoir été financée par le ministère ne change rien à son statut constitutionnel, ni ne revêt son action personnelle du statut d'action gouvernementale. Par ailleurs, même s'il y avait eu action gouvernementale suffisante pour entraîner l'application de l'art. 32, les appelants n'ont pas fourni un fondement de preuve qui permettrait de résoudre leur contestation constitutionnelle.

La common law doit être interprétée d'une manière qui est conforme aux principes de la *Charte*. Cette exigence illustre simplement le pouvoir inhérent qu'ont les tribunaux de modifier ou d'élargir la common law de façon à ce qu'elle respecte les conditions et valeurs sociales contemporaines. Dans son application aux parties en l'espèce, la common law de la diffamation respecte les valeurs de la *Charte* et il n'est pas besoin de la modifier. La common law offre un juste équilibre entre les valeurs jumelles de réputation et de liberté d'expression. La protection de la réputation est d'importance vitale et il faut tenir compte de l'importance particulière que revêt la réputation pour l'avocat. Bien qu'elle ne soit pas expressément mentionnée dans la *Charte*, la

the good reputation of the individual represents and reflects the innate dignity of the individual, a concept which underlies all the *Charter* rights. Further, reputation is intimately related to the right to privacy, which has been accorded constitutional protection. The "actual malice" rule should not be adopted in Canada in an action between private litigants. The law of defamation is not unduly restrictive or inhibiting. Freedom of speech, like any other freedom, is subject to the law and must be balanced against the essential need of individuals to protect their reputation.

Qualified privilege attaches to the occasion upon which the communication is made, and not to the communication itself. The legal effect of the defence of qualified privilege is to rebut the inference, which normally arises from the publication of defamatory words, that they were spoken with malice. Where the occasion is shown to be privileged, the *bona fides* of the defendant is presumed and the defendant is free to publish, with impunity, remarks which may be defamatory and untrue about the plaintiff. The privilege is not absolute, however, and can be defeated if the dominant motive for publishing the statement is actual or express malice. Malice is commonly understood, in the popular sense, as spite or ill-will. However, it also includes any indirect motive or ulterior purpose that conflicts with the sense of duty or the mutual interest which the occasion created. Malice may also be established by showing that the defendant spoke dishonestly, or in knowing or reckless disregard for the truth. Qualified privilege may also be defeated when the limits of the duty or interest have been exceeded. The fact that an occasion is privileged does not necessarily protect all that is said or written on that occasion. The information communicated must be reasonably appropriate in the context of the circumstances existing on the occasion when that information was given.

The traditional common law rule with respect to reports on documents relating to judicial proceedings is that, where there are judicial proceedings before a properly constituted judicial tribunal exercising its jurisdiction in open court, then the publication without malice of a fair and accurate report of what takes place before that tribunal is privileged. However, the common law immunity was not extended to a report on pleadings or other documents which had not been filed with the court or referred to in open court. Prior to holding the press conference M had every intention of initiating the contempt action in accordance with the prevailing rules, and had given instructions to this effect. The fact that the proper documents were not filed until the next morn-

bonne réputation de l'individu représente et reflète sa dignité inhérente, concept qui sous-tend tous les droits garantis par la *Charte*. En outre, la réputation est étroitement liée au droit à la vie privée, qui jouit d'une protection constitutionnelle. La règle de la «malveillance véritable» ne devrait pas être adoptée au Canada dans une action opposant des plaideurs privés. Le droit de la diffamation n'est pas indûment restrictif ou inhibitif. La liberté de parole, comme toute autre liberté, est assujettie à la loi et doit être mesurée en regard de la nécessité essentielle pour les individus de protéger leur réputation.

L'immunité relative se rattache aux circonstances entourant la communication, et non à la communication elle-même. La défense d'immunité relative a pour effet en droit de réfuter l'inférence, qui normalement découle de la publication de propos diffamatoires, que ceux-ci étaient motivés par la malveillance. Lorsque l'on établit qu'il y a immunité, la bonne foi du défendeur est présumée et ce dernier est alors libre de publier en toute impunité des remarques sur le demandeur, qui peuvent être diffamatoires et inexacts. Toutefois, l'immunité n'est pas absolue et peut être levée si la publication est principalement motivée par la malveillance véritable ou expresse. La malveillance s'entend dans le sens populaire de la rancune ou de l'animosité. Toutefois, elle comprend également tout motif indirect ou caché qui entre en conflit avec le sens du devoir ou l'intérêt mutuel que l'occasion a créé. On établira également l'existence de la malveillance en démontrant que le défendeur a parlé avec malhonnêteté, ou au mépris délibéré ou indifférent de la vérité. L'immunité relative peut également cesser d'exister lorsqu'on a passé outre aux limites du devoir ou de l'intérêt. L'immunité résultant d'une situation ne couvre pas nécessairement tout ce qui est dit ou écrit à cette occasion. L'information communiquée doit être raisonnablement appropriée dans les circonstances qui prévalaient lorsque l'information a été transmise.

Suivant la règle de common law traditionnelle relative à la description de documents liés à une procédure judiciaire, lorsque des procédures judiciaires sont instituées devant un tribunal légitimement constitué, qui exerce sa compétence en séance publique, la publication sans malveillance d'un compte rendu juste et exact de ce qui se passe devant ce tribunal jouit de l'immunité. L'immunité de common law n'a cependant pas été étendue aux comptes rendus d'actes de procédure ou autres documents qui n'ont pas été déposés auprès du tribunal, ni mentionnés en audience publique. Avant de tenir la conférence de presse, M avait la ferme intention d'introduire l'action pour outrage conformément aux règles qui existaient alors, et il avait donné des instructions dans ce

ing should not defeat the qualified privilege which attached to this occasion. M's conduct, however, far exceeded the legitimate purposes of the occasion. The circumstances of this case called for great restraint in the communication of information concerning the proceedings launched against the respondent. As an experienced lawyer, M ought to have taken steps to confirm the allegations that were being made. This is particularly true since he should have been aware of the Scientology investigation pertaining to access to the sealed documents. In those circumstances he was duty bound to wait until the investigation was completed before launching such a serious attack on the respondent's professional integrity. M failed to take either of these reasonable steps. As a result of this failure, the permissible scope of his comments was limited and the qualified privilege which attached to his remarks was defeated. The press conference was held on the courthouse steps in the presence of representatives from several media organizations. This constituted the widest possible dissemination of grievous allegations of professional misconduct that were yet to be tested in a court of law. His comments were made in language that portrayed the respondent in the worst possible light. This was neither necessary nor appropriate in the existing circumstances. While it is not necessary to characterize M's conduct as amounting to actual malice, it was certainly high-handed and careless and exceeded any legitimate purpose the press conference may have served. His conduct therefore defeated the qualified privilege that attached to the occasion.

When properly instructed, jurors are uniquely qualified to assess the damages suffered by the plaintiff. An appellate court is not entitled to substitute its own judgment as to the proper award for that of the jury merely because it would have arrived at a different figure. General damages in defamation cases are presumed from the very publication of the false statement and are awarded at large. It is members of the community in which the defamed person lives who will be best able to assess the damages. The jury as representative of that community should be free to make an assessment of damages which will provide the plaintiff with a sum of money that clearly demonstrates to the community the vindication of the plaintiff's reputation. No cap should be placed on general damages for defamation. First, the injury suffered by a plaintiff as a result of injurious false statements is entirely different from the non-pecuniary damages suffered by a plaintiff in a personal injury case. Second, at the time the cap was placed on non-pecuniary damages in personal injury cases, their assessment had become a very real problem for the courts and for soci-

sens. Le fait que les documents appropriés n'aient été déposés que le lendemain matin ne devrait pas écarter l'immunité relative qui s'appliquait à cette situation. Toutefois, le comportement de M a dépassé de beaucoup les objectifs légitimes de la situation. Les circonstances de l'affaire exigeaient une grande retenue dans la communication de l'information concernant les procédures lancées contre l'intimé. En avocat expérimenté, M aurait dû prendre des mesures pour confirmer les allégations qu'il allait faire, d'autant plus qu'il devait savoir que Scientology menait une enquête relativement à l'accès aux documents scellés. Dans ces circonstances, il avait le devoir d'attendre que cette investigation soit close avant de lancer contre l'intégrité professionnelle de l'intimé une attaque aussi grave. M n'a pris ni l'une ni l'autre de ces mesures raisonnables. Par suite de cette omission, la portée admissible de ses commentaires était limitée et l'immunité relative qui s'appliquait à ses remarques a cessé d'être. La conférence de presse s'est déroulée sur les marches du palais de justice en présence de représentants de plusieurs médias. Cela constituait la publication la plus vaste possible d'allégations graves d'inconduite professionnelle non encore vérifiées devant une cour de justice. Ses commentaires décrivaient l'intimé sous l'éclairage le plus sombre. Cela était inutile et inconvenant dans les circonstances. Il n'est pas nécessaire de qualifier la conduite de M de véritable malveillance, mais elle était certainement abusive et imprudente et allait au-delà de tout objectif légitime que pouvait servir la conférence de presse. Sa conduite a donc éliminé l'immunité relative qui s'appliquait à la situation.

Pourvus de directives appropriées, les jurés sont les seuls qualifiés pour évaluer le tort causé au demandeur. Le tribunal d'appel ne peut substituer sa propre opinion à celle du jury quant au montant approprié uniquement parce qu'il en serait arrivé à un montant différent. Dans les affaires de diffamation, la publication même d'une fausse déclaration crée la présomption qu'il y a lieu normalement à dommages-intérêts généraux. Ce sont les membres de la communauté dans laquelle vit la victime qui sont les mieux à même d'évaluer le préjudice. Le jury, en tant que représentant de cette communauté, doit être libre d'effectuer une évaluation des dommages-intérêts que le demandeur est fondé à recevoir et qui démontrent clairement à la communauté que sa réputation a été restaurée. On ne devrait pas imposer de maximum aux dommages-intérêts généraux accordés en matière de diffamation. Premièrement, le tort subi par un demandeur du fait de déclarations fausses et injurieuses est complètement différent des dommages non pécuniaires subis par le demandeur dans une affaire de blessures corporelles. Deuxièmement, à l'époque où le plafond a été

ety as a whole, which is not the case with libel actions. The award of \$300,000 by way of general damages was justified in this case. Both appellants published the notice of motion. All persons who are involved in the commission of a joint tort are jointly and severally liable for the damages caused by that tort, and it would thus be wrong in law to have a jury attempt to apportion liability for general damages between the joint tortfeasors. The reports in the press were widely circulated and the television broadcast had a wide coverage. The setting and the persons involved gave the coverage an aura of credibility and significance that must have influenced all who saw and read the accounts. The misconduct of the appellants continued after the first publication. Prior to the commencement of the hearing of the contempt motion, Scientology was aware that the allegations it was making against the respondent were false, yet it persisted with the contempt hearings, as did M. At the conclusion of the hearings, both appellants were aware of the falsity of the allegations. Nonetheless, when the libel action was instituted, the defence of justification was put forward by both of them. Although M withdrew the plea of justification, this was only done in the week prior to the commencement of the trial itself, and Scientology did not withdraw its plea until the hearing of the appeal. Finally, the manner in which the respondent was cross-examined by the appellants, coupled with the manner in which they presented their position to the jury, in light of their knowledge of the falsity of their allegations, are further aggravating factors to be taken into account.

Aggravated damages may be awarded in circumstances where the defendant's conduct has been particularly high-handed or oppressive, thereby increasing the plaintiff's humiliation and anxiety arising from the libellous statement. If aggravated damages are to be awarded, there must be a finding that the defendant was motivated by actual malice, which increased the injury to the plaintiff, either by spreading further afield the damage to the reputation of the plaintiff, or by increasing the mental distress and humiliation of the plaintiff. The factors that a jury may properly take into account in assessing aggravated damages include whether there was a withdrawal of the libellous statement made by the defendant and an apology tendered, whether there was a repetition of the libel, conduct that was calculated to deter the plaintiff from proceeding with the libel action, a prolonged and hostile cross-examination of the plaintiff or a plea of justification which the defendant knew was bound to fail. The general manner in which the

fixé à l'égard des dommages-intérêts non pécuniaires dans les affaires de blessures corporelles, leur évaluation était devenu un problème aigu pour les tribunaux et la société en général, ce qui n'est pas le cas des actions en libelle. Les dommages-intérêts généraux de 300 000 \$ étaient justifiés en l'espèce. Les appelants ont tous deux publié l'avis de requête. Tous ceux qui participent à la perpétration d'un délit sont solidairement responsables pour le préjudice ainsi causé. Il serait donc erroné en droit de demander au jury de répartir la responsabilité quant aux dommages-intérêts généraux entre les auteurs solidaires du délit. Les articles de presse ont été largement diffusés et le reportage télévisé a reçu une immense couverture. Le cadre et les participants ont donné à la couverture une aura de crédibilité et d'importance qui a dû influencer tous ceux qui ont vu ou lu les reportages. Les appelants ont poursuivi leur mauvaise conduite après la première publication. Avant le début de l'audition de la requête pour outrage, Scientology savait que les allégations visant l'intimé étaient fausses. Elle a quand même poursuivi l'instance relative à l'outrage, tout comme M. À l'issue de l'audition, les deux appelants savaient que les allégations étaient fausses. Pourtant, lorsque l'action en libelle a été intentée, tous deux ont invoqué la défense de justification. M n'a retiré son plaidoyer de justification que dans la semaine précédant le procès lui-même. Scientology n'a retiré son plaidoyer de justification qu'à l'audition de l'appel. Enfin, la manière dont les appelants ont contre-interrogé l'intimé, et la manière dont ils ont présenté leurs prétentions au jury, tout en sachant que leurs allégations étaient fausses, sont d'autres facteurs aggravants dont il faut tenir compte.

On peut accorder des dommages-intérêts majorés lorsque le comportement du défendeur est particulièrement abusif ou opprimant, et accroît l'humiliation et l'anxiété qu'engendre chez le demandeur la déclaration diffamatoire. Pour accorder des dommages-intérêts majorés, il faut avoir conclu que le défendeur était motivé par une malveillance véritable et a ainsi accru le préjudice subi par le demandeur, soit en propageant davantage le tort causé à sa réputation, soit en intensifiant son angoisse morale et son humiliation. Au nombre des facteurs qu'un jury est fondé à considérer en vue de fixer les dommages-intérêts majorés, il y a la question de savoir si le défendeur a retiré la déclaration diffamatoire, s'il a présenté des excuses, si le défendeur a répété le libelle, s'il s'est comporté de façon à empêcher le demandeur d'introduire l'action en libelle, s'il a fait subir au demandeur un contre-interrogatoire long et hostile, ou s'il a invoqué un plaidoyer de justification qu'il savait voué à l'échec. La manière générale dont le

defendant presented its case is also relevant. Further, it is appropriate for a jury to consider the conduct of the defendant at the time the libel was published. In this case, there was ample evidence upon which the jury could properly base their finding of aggravated damages. Every aspect of this case demonstrates the very real and persistent malice of Scientology.

Punitive damages may be awarded in situations where the defendant's misconduct is so malicious, oppressive and high-handed that it offends the court's sense of decency. They should only be awarded in those circumstances where the combined award of general and aggravated damages would be insufficient to achieve the goal of punishment and deterrence. Unlike compensatory damages, punitive damages are not at large, and consequently courts have a much greater scope and discretion on appeal. The appellate review should be based upon the court's estimation as to whether the punitive damages serve a rational purpose, as they did in this case. Further, the circumstances presented in this exceptional case demonstrate that there was such insidious, pernicious and persistent malice that the award for punitive damages cannot be said to be excessive.

Per L'Heureux-Dubé J.: Cory J.'s reasons were generally agreed with, except with respect to the scope of the defence of qualified privilege. The common law of defamation, as it is applied to the parties in this action, is consistent with the values enshrined in the *Charter*. There is accordingly no need to amend or alter it or, in particular, to adopt the "actual malice" rule. The defence of qualified privilege, however, is not available with respect to reports of pleadings in purely private litigation upon which no judicial action has yet been taken. The defence is available only with respect to reports of judicial proceedings. While there is a right to publish details of judicial proceedings before they are heard in open court, such publication does not enjoy the protection of qualified privilege if it is defamatory.

Cases Cited

By Cory J.

Not followed: *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); **referred to:** *Edmonton Journal v.*

défendeur a présenté sa preuve est également pertinente. Par ailleurs, il convient pour un jury de considérer le comportement du défendeur à l'époque de la publication du libelle. Dans la présente affaire, il y avait une preuve abondante sur le fondement de laquelle le jury pouvait à bon droit accorder des dommages-intérêts majorés. Chaque aspect de cette affaire révèle la malveillance très réelle et constante de Scientology.

On peut accorder des dommages-intérêts punitifs lorsque la mauvaise conduite du défendeur est si malveillante, opprimante et abusive qu'elle choque le sens de dignité de la cour. Ils ne devraient être accordés que dans les situations où les dommages-intérêts généraux et majorés réunis ne permettent pas d'atteindre l'objectif qui consiste à punir et à dissuader. Contrairement aux dommages-intérêts compensatoires, les dommages-intérêts punitifs ne sont pas généralisés. En conséquence, les tribunaux disposent d'une latitude et d'une discrétion beaucoup plus grandes en appel. Le contrôle en appel devrait consister à déterminer si les dommages-intérêts punitifs servent un objectif rationnel, comme c'était le cas en l'espèce. Par ailleurs, les circonstances de cette affaire exceptionnelle démontrent qu'il y a eu une malveillance si insidieuse, pernicieuse et persistante que le montant des dommages-intérêts punitifs ne peut être jugé excessif.

Le juge L'Heureux-Dubé: L'opinion du juge Cory est substantiellement acceptée sauf en ce qui concerne la portée de la défense d'immunité relative. La common law de la diffamation, telle qu'elle s'applique aux parties à cette action, est conforme aux valeurs consacrées dans la *Charte*. Aussi n'est-il pas nécessaire de changer ou de modifier la common law, ni en particulier d'adopter la règle de la «malveillance véritable». Toutefois la défense d'immunité relative ne peut être invoquée à l'égard de comptes rendus d'actes de procédure dans le cadre de litiges purement privés, sur le fondement desquels aucune action judiciaire n'a encore été instituée. La défense d'immunité relative ne peut être invoquée que pour le compte rendu de procédures judiciaires. Il existe un droit de publier les détails de procédures judiciaires avant qu'elles soient entendues en audience publique, mais cette publication ne jouit pas de la protection de l'immunité relative si son contenu est diffamatoire.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt non suivi: *New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); **arrêts mentionnés:** *Edmonton Journal*

- Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Re British Columbia Government Employees' Union*, [1983] 6 W.W.R. 640; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Sweeney v. Patterson*, 128 F.2d 457 (1942), cert. denied 317 U.S. 678 (1942); *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Globe and Mail Ltd. v. Boland*, [1960] S.C.R. 203; *Derrickson v. Tomat* (1992), 88 D.L.R. (4th) 401; *De Libellis Famosis* (1605), 5 Co. Rep. 125a, 77 E.R. 250; *King v. Lake* (1679), Hardres 470, 145 E.R. 552; *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75 (1966); *Vogel v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1982] 3 W.W.R. 97; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Barr v. Matteo*, 360 U.S. 564 (1959); *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749 (1985); *Coughlin v. Westinghouse Broadcasting & Cable, Inc.*, 476 U.S. 1187 (1986); *Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd.*, [1993] 1 All E.R. 1011; *Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), 124 A.L.R. 1; *Silkin v. Beaverbrook Newspapers Ltd.*, [1958] 1 W.L.R. 743; *Adam v. Ward*, [1917] A.C. 309; *McLoughlin v. Kutasy*, [1979] 2 S.C.R. 311; *Horrocks v. Lowe*, [1975] A.C. 135; *Taylor v. Despard*, [1956] O.R. 963; *Netupsky v. Craig*, [1973] S.C.R. 55; *Douglas v. Tucker*, [1952] 1 S.C.R. 275; *Sun Life Assurance Co. of Canada v. Dalrymple*, [1965] S.C.R. 302; *Gazette Printing Co. v. Shallow* (1909), 41 S.C.R. 339; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *Walker v. CFTO Ltd.* (1987), 59 O.R. (2d) 104; *Rantzen v. Mirror Group Newspapers (1986) Ltd.*, [1993] 4 All E.R. 975; *Ley v. Hamilton* (1935), 153 L.T. 384; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287; *Thornton v. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267; *Jill Fishing Ltd. v. Koranda Management Inc.*, [1993] B.C.J. No. 1861 (QL); *Cassell & Co. v. Broome*, [1972] 1 All E.R. 801; *Blackshaw v. Lord*, [1983] 2 All E.R. 311; *Sutcliffe v. Pressdram Ltd.*, [1990] 1 All E.R. 269; *Carson v. John Fairfax & Sons Ltd.* (1993), 113 A.L.R. 577; *Lawson v. c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Re British Columbia Government Employees' Union*, [1983] 6 W.W.R. 640; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Sweeney c. Patterson*, 128 F.2d 457 (1942), cert. refusé 317 U.S. 678 (1942); *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265; *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Globe and Mail Ltd. c. Boland*, [1960] R.C.S. 203; *Derrickson c. Tomat* (1992), 88 D.L.R. (4th) 401; *De Libellis Famosis* (1605), 5 Co. Rep. 125a, 77 E.R. 250; *King c. Lake* (1679), Hardres 470, 145 E.R. 552; *Rosenblatt c. Baer*, 383 U.S. 75 (1966); *Vogel c. Canadian Broadcasting Corp.*, [1982] 3 W.W.R. 97; *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Barr c. Matteo*, 360 U.S. 564 (1959); *Dun & Bradstreet, Inc. c. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749 (1985); *Coughlin c. Westinghouse Broadcasting & Cable, Inc.*, 476 U.S. 1187 (1986); *Derbyshire County Council c. Times Newspapers Ltd.*, [1993] 1 All E.R. 1011; *Theophanous c. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), 124 A.L.R. 1; *Silkin c. Beaverbrook Newspapers Ltd.*, [1958] 1 W.L.R. 743; *Adam c. Ward*, [1917] A.C. 309; *McLoughlin c. Kutasy*, [1979] 2 R.C.S. 311; *Horrocks c. Lowe*, [1975] A.C. 135; *Taylor c. Despard*, [1956] O.R. 963; *Netupsky c. Craig*, [1973] R.C.S. 55; *Douglas c. Tucker*, [1952] 1 R.C.S. 275; *Sun Life Assurance Co. of Canada c. Dalrymple*, [1965] R.C.S. 302; *Gazette Printing Co. c. Shallow* (1909), 41 R.C.S. 339; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *Walker c. CFTO Ltd.* (1987), 59 O.R. (2d) 104; *Rantzen c. Mirror Group Newspapers (1986) Ltd.*, [1993] 4 All E.R. 975; *Ley c. Hamilton* (1935), 153 L.T. 384; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; *Thornton c. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267; *Jill Fishing Ltd. c. Koranda Management Inc.*, [1993] B.C.J. No. 1861 (QL); *Cassell & Co. c. Broome*, [1972] 1 All E.R. 801; *Blackshaw c. Lord*, [1983] 2 All E.R. 311; *Sutcliffe c. Pressdram Ltd.*, [1990] 1 All E.R. 269; *Carson c. John Fairfax & Sons Ltd.* (1993), 113 A.L.R.

Burns, [1976] 6 W.W.R. 362; *Kerr v. Conlogue* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 70; *Egger v. Chelmsford*, [1965] 1 Q.B. 248.

By L'Heureux-Dubé J.

Not followed: *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); **referred to:** *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *Gazette Printing Co. v. Shallow* (1909), 41 S.C.R. 339; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Courts of Justice Act, 1984, S.O. 1989, c. 67, s. 4.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 32(1).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 137(1).
Crown Attorneys Act, R.S.O. 1990, c. C.49.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 490(15), 504.
Libel and Slander Act, R.S.O. 1990, c. L.12.
Marriage Act, R.S.O. 1980, c. 256, s. 20(2).
Ministry of the Attorney General Act, R.S.O. 1990, c. M.17.

Authors Cited

Australia. Law Reform Commission. Report No. 11. *Unfair Publication: Defamation and Privacy*. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1979.

Barrett, David A. "Declaratory Judgments for Libel: A Better Alternative" (1986), 74 *Cal. L. Rev.* 847.

Barron, Jerome A. "Access to the Press — A New First Amendment Right" (1966-67), 80 *Harv. L. Rev.* 1641.

Bezanson, Randall P. "Libel Law and the Realities of Litigation: Setting the Record Straight" (1985), 71 *Iowa L. Rev.* 226.

Bollinger, Lee C. "The End of *New York Times v. Sullivan*: Reflections on *Masson v. New Yorker Magazine*", [1991] *Sup. Ct. Rev.* 1.

Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 (loose-leaf).

577; *Lawson c. Burns*, [1976] 6 W.W.R. 362; *Kerr c. Conlogue* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 70; *Egger c. Chelmsford*, [1965] 1 Q.B. 248.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt non suivi: *New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); **arrêts mentionnés:** *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *Gazette Printing Co. c. Shallow* (1909), 41 R.C.S. 339; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 32(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 490(15), 504.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi modifiant la Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, L.O. 1989, ch. 67, art. 4.
Loi sur la diffamation, L.R.O. 1990, ch. L.12.
Loi sur le mariage, L.R.O. 1980, ch. 256, art. 20(2).
Loi sur le ministère du Procureur général, L.R.O. 1990, ch. M.17.
Loi sur les procureurs de la Couronne, L.R.O. 1990, ch. C.49.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 137(1).

Doctrine citée

Australia. Law Reform Commission. Report No. 11. *Unfair Publication: Defamation and Privacy*. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1979.

Barrett, David A. «Declaratory Judgments for Libel: A Better Alternative» (1986), 74 *Cal. L. Rev.* 847.

Barron, Jerome A. «Access to the Press — A New First Amendment Right» (1966-67), 80 *Harv. L. Rev.* 1641.

Bezanson, Randall P. «Libel Law and the Realities of Litigation: Setting the Record Straight» (1985), 71 *Iowa L. Rev.* 226.

Bollinger, Lee C. «The End of *New York Times v. Sullivan*: Reflections on *Masson v. New Yorker Magazine*», [1991] *Sup. Ct. Rev.* 1.

Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 (loose-leaf).

- Canadian Daily Newspaper Association. *Response to A Consultation Draft of the General Limitations Act* (September 1991).
- Carter-Ruck on Libel and Slander*, 4th ed. By Peter F. Carter-Ruck, Richard Walker and Harvey N. A. Starte. London: Butterworths, 1992.
- Christie, George C. "Injury to Reputation and the Constitution: Confusion Amid Conflicting Approaches" (1976), 75 *Mich. L. Rev.* 43.
- Epstein, Richard A. "Was *New York Times v. Sullivan* Wrong?" (1986), 53 *U. Chi. L. Rev.* 782.
- Gatley on Libel and Slander*, 8th ed. By Philip Lewis. London: Sweet & Maxwell, 1981.
- Gatley on Libel and Slander in a Civil Action: With Precedents of Pleadings*, 4th ed. By Richard O'Sullivan. London: Sweet & Maxwell, 1953.
- Hawreluk, David. "The Lawyer's Duty to Himself and the Code of Professional Conduct" (1993), 27 *L. Soc. Gaz.* 119.
- Ireland. Law Reform Commission. *Report on the Civil Law of Defamation*. Dublin: Law Reform Commission, 1991.
- Lepofsky, M. David. "Making Sense of the Libel Chill Debate: Do Libel Laws 'Chill' the Exercise of Freedom of Expression?" (1994), 4 *N.J.C.L.* 169.
- Leval, Pierre N. "The No-Money, No-Fault Libel Suit: Keeping *Sullivan* in its Proper Place" (1988), 101 *Harv. L. Rev.* 1287.
- Lewis, Anthony. "*New York Times v. Sullivan* Reconsidered: Time to Return to 'The Central Meaning of the First Amendment'" (1983), 83 *Colum. L. Rev.* 603.
- London, Martin. "The 'Muzzled Media': Constitutional Crisis or Product Liability Scam?". In *At What Price? Libel Law and Freedom of the Press*. New York: Twentieth Century Fund, 1993.
- McLellan, A. Anne, and Bruce P. Elman. "To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32" (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361.
- Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 20th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1992.
- United Kingdom. *Report of the Committee on Defamation*. London: H.M.S.O., 1975.
- Veeder, Van Vechten. "The History and Theory of the Law of Defamation" (1903), 3 *Colum. L. Rev.* 546.
- Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1991 (loose-leaf).
- Canadian Daily Newspaper Association. *Response to A Consultation Draft of the General Limitations Act* (September 1991).
- Carter-Ruck on Libel and Slander*, 4th ed. By Peter F. Carter-Ruck, Richard Walker and Harvey N. A. Starte. London: Butterworths, 1992.
- Christie, George C. «Injury to Reputation and the Constitution: Confusion Amid Conflicting Approaches» (1976), 75 *Mich. L. Rev.* 43.
- Epstein, Richard A. «Was *New York Times v. Sullivan* Wrong?» (1986), 53 *U. Chi. L. Rev.* 782.
- Gatley on Libel and Slander*, 8th ed. By Philip Lewis. London: Sweet & Maxwell, 1981.
- Gatley on Libel and Slander in a Civil Action: With Precedents of Pleadings*, 4th ed. By Richard O'Sullivan. London: Sweet & Maxwell, 1953.
- Hawreluk, David. «The Lawyer's Duty to Himself and the Code of Professional Conduct» (1993), 27 *L. Soc. Gaz.* 119.
- Ireland. Law Reform Commission. *Report on the Civil Law of Defamation*. Dublin: Law Reform Commission, 1991.
- Lepofsky, M. David. «Making Sense of the Libel Chill Debate: Do Libel Laws «Chill» the Exercise of Freedom of Expression?» (1994), 4 *N.J.C.L.* 169.
- Leval, Pierre N. «The No-Money, No-Fault Libel Suit: Keeping *Sullivan* in its Proper Place» (1988), 101 *Harv. L. Rev.* 1287.
- Lewis, Anthony. «*New York Times v. Sullivan* Reconsidered: Time to Return to «The Central Meaning of the First Amendment»» (1983), 83 *Colum. L. Rev.* 603.
- London, Martin. «The «Muzzled Media»: Constitutional Crisis or Product Liability Scam?». In *At What Price? Libel Law and Freedom of the Press*. New York: Twentieth Century Fund, 1993.
- McLellan, A. Anne, and Bruce P. Elman. «To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32» (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361.
- Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 20th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1992.
- United Kingdom. *Report of the Committee on Defamation*. London: H.M.S.O., 1975.
- Veeder, Van Vechten. «The History and Theory of the Law of Defamation» (1903), 3 *Colum. L. Rev.* 546.
- Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1991 (loose-leaf).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 18 O.R. (3d) 385, 114 D.L.R. (4th) 1, 71 O.A.C. 161, 20 C.C.L.T. (2d) 129, affirming a judgment of the Ontario Court of Jus-

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 18 O.R. (3d) 385, 114 D.L.R. (4th) 1, 71 O.A.C. 161, 20 C.C.L.T. (2d) 129, qui a confirmé un jugement de la Cour de Justice de

tice (General Division) awarding the respondent damages for libel against the appellants. Appeal dismissed.

Bryan Finlay, Q.C., and Christopher J. Tzekas, for the appellant Morris Manning.

Marc J. Somerville, Q.C., and R. Ross Wells, for the appellant the Church of Scientology of Toronto.

Robert P. Armstrong, Q.C., and Kent E. Thomson, for the respondent.

Lori Sterling and Hart Schwartz, for the intervenor the Attorney General for Ontario.

Robert J. Sharpe and Kent Roach, for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association.

Edward M. Morgan, for the intervenors the Writers' Union of Canada, PEN Canada, the Canadian Association of Journalists, the Periodical Writers Association of Canada, and the Book and Periodical Council.

Peter W. Hogg, Q.C., and Brian MacLeod Rogers, for the intervenors the Canadian Daily Newspaper Association, the Canadian Community Newspapers Association, the Canadian Association of Broadcasters, the Radio-Television News Directors Association of Canada, the Canadian Book Publishers' Council and the Canadian Magazine Publishers' Association.

The judgment of La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

l'Ontario (Division générale) condamnant les appelants à verser à l'intimé des dommages-intérêts pour libelle. Pourvoi rejeté.

Bryan Finlay, c.r., et Christopher J. Tzekas, pour l'appelant Morris Manning.

Marc J. Somerville, c.r., et R. Ross Wells, pour l'appelante l'Église de scientologie de Toronto.

Robert P. Armstrong, c.r., et Kent E. Thomson, pour l'intimé.

Lori Sterling et Hart Schwartz, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Robert J. Sharpe et Kent Roach, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Edward M. Morgan, pour les intervenants Writers' Union of Canada, PEN Canada, l'Association canadienne des journalistes, Periodical Writers Association of Canada, et Book and Periodical Council.

Peter W. Hogg, c.r., et Brian MacLeod Rogers, pour les intervenants l'Association canadienne des éditeurs de quotidiens, Canadian Community Newspapers Association, l'Association canadienne des radiodiffuseurs, l'Association canadienne des directeurs de l'information en radio-télévision, Canadian Book Publishers' Council et Canadian Magazine Publishers' Association.

Version française du jugement des juges La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE CORY — Le 17 septembre 1984, accompagné de représentants de l'appelante, l'Église de scientologie de Toronto («Scientologie»), l'appelant Morris Manning a tenu une conférence de presse devant Osgoode Hall à Toronto. Vêtu de sa toge d'avocat, il a lu et commenté certaines allégations contenues dans un avis de requête par lequel Scientologie souhaitait instituer une procédure pour outrage au criminel contre l'intimé Casey Hill, substitut du procureur général. On

¹ CORY J. — On September 17, 1984, the appellant Morris Manning, accompanied by representatives of the appellant Church of Scientology of Toronto ("Scientology"), held a press conference on the steps of Osgoode Hall in Toronto. Manning, who was wearing his barrister's gown, read from and commented upon allegations contained in a notice of motion by which Scientology intended to commence criminal contempt proceedings against the respondent Casey Hill, a Crown attorney. The

notice of motion alleged that Casey Hill had misled a judge of the Supreme Court of Ontario and had breached orders sealing certain documents belonging to Scientology. The remedy sought was the imposition of a fine or the imprisonment of Casey Hill.

At the contempt proceedings, the allegations against Casey Hill were found to be untrue and without foundation. Casey Hill thereupon commenced this action for damages in libel against both Morris Manning and Scientology. On October 3, 1991, following a trial before Carruthers J. and a jury, Morris Manning and Scientology were found jointly liable for general damages in the amount of \$300,000 and Scientology alone was found liable for aggravated damages of \$500,000 and punitive damages of \$800,000. Their appeal from this judgment was dismissed by a unanimous Court of Appeal: (1994), 18 O.R. (3d) 385, 114 D.L.R. (4th) 1, 71 O.A.C. 161, 20 C.C.L.T. (2d) 129.

I. Factual Background

As in all actions for libel, the factual background is extremely important and must be set out in some detail. At the time the defamatory statements were made, Casey Hill was employed as counsel with the Crown Law Office, Criminal Division of the Ministry of the Attorney General for the Province of Ontario. He had given advice to the Ontario Provincial Police ("OPP") regarding a warrant obtained on March 1, 1983 which authorized a search of the premises occupied by Scientology. During the execution of the search warrant on March 3 and 4, 1983, approximately 250,000 documents, comprising over 2 million pages of material, were seized. These documents were stored in some 900 boxes at an OPP building in Toronto.

Immediately following the seizure, Scientology retained Clayton Ruby to bring a motion to quash the search warrant and to seek the return of the seized documents. Casey Hill, who had gained

y alléguait que Casey Hill avait induit en erreur un juge de la Cour suprême de l'Ontario et avait enfreint des ordonnances de mise sous scellés de certains documents appartenant à Scientology. On y réclamait également la condamnation de Casey Hill à une amende ou à une peine d'emprisonnement.

Lors de la procédure pour outrage, les allégations visant Casey Hill se sont révélées fausses et sans fondement. Casey Hill a alors intenté une action en dommages-intérêts pour libelle contre Morris Manning et Scientology. Le 3 octobre 1991, au terme d'un procès devant le juge Carruthers et un jury, Morris Manning et Scientology ont été condamnés solidairement à des dommages-intérêts généraux de 300 000 \$, et Scientology seule a été condamnée à payer des dommages-intérêts majorés de 500 000 \$ et des dommages-intérêts punitifs de 800 000 \$. La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité leur appel de ce jugement: (1994), 18 O.R. (3d) 385, 114 D.L.R. (4th) 1, 71 O.A.C. 161, 20 C.C.L.T. (2d) 129.

I. Historique des faits

Comme dans toute action pour libelle, le contexte factuel est extrêmement important et doit être exposé dans les détails. Au moment où les propos diffamatoires ont été tenus, Casey Hill était avocat au Bureau des avocats de la Couronne — Droit criminel, au ministère du Procureur général pour la province d'Ontario. Il avait conseillé la Police provinciale de l'Ontario («PPO») relativement à un mandat obtenu le 1^{er} mars 1983, autorisant la fouille des locaux de Scientology. Au cours de l'exécution du mandat de perquisition les 3 et 4 mars 1983, approximativement 250 000 documents représentant plus de 2 millions de pages ont été saisis puis emmagasinés dans quelque 900 boîtes dans un édifice appartenant à la PPO à Toronto.

Immédiatement après la saisie, Scientology a retenu les services de Clayton Ruby pour présenter une requête en annulation du mandat de perquisition et demander la remise des documents saisis. Casey Hill, qui avait acquis une certaine expérience et une compétence particulière dans le

2

3

4

experience and special skill in the area of search and seizure, acted as counsel for the Crown.

domaine des fouilles, des perquisitions et des saisies, agissait pour le ministère public.

5 The litigation commenced on March 7, 1983 and continued throughout 1983 and 1984. On July 11, 1984, Osler J. ruled that solicitor-and-client privilege applied to 232 of the seized documents he had reviewed and ordered that they remain sealed pending further order of the court. Several sealing orders and endorsements were ultimately made by Justices of the Supreme Court of Ontario.

Engagée le 7 mars 1983, la procédure s'est poursuivie tout au long de 1983 et 1984. Le 11 juillet 1984, ayant statué que le privilège du secret professionnel de l'avocat s'appliquait à 232 des documents saisis qu'il avait examinés, le juge Osler a ordonné qu'ils demeurent scellés jusqu'à nouvelle ordonnance de la cour. Plusieurs ordonnances et jugements de mise sous scellés ont par la suite été rendus par des juges de la Cour suprême de l'Ontario.

6 Throughout this period, Casey Hill dealt frequently with Clayton Ruby and other counsel for Scientology in connection with various matters ranging from the trivial to the significant. They were invariably resolved in a spirit of co-operation and professional courtesy, even in those situations where the parties proceeded with contested motions.

Pendant ce temps, Casey Hill a traité fréquemment avec Clayton Ruby et d'autres avocats de Scientology relativement à diverses questions, certaines importantes, d'autres moins. Elles ont invariablement été résolues dans un esprit de collaboration et de courtoisie professionnelle, même lorsqu'il s'agissait de requêtes contestées.

7 In March of 1983, Scientology retained Charles Campbell to make an application to Rosemarie Drapkin, the Deputy Registrar General of the Ministry of Consumer and Commercial Relations, requesting that its president, Earl Smith, be granted the authorization to solemnize marriages pursuant to s. 20(2) of the *Marriage Act*, R.S.O. 1980, c. 256. One year later, Scientology commenced an application for judicial review of Rosemarie Drapkin's failure to approve that application.

En mars 1983, Scientology a retenu les services de Charles Campbell pour présenter à Rosemarie Drapkin, registraire général adjoint au ministère de la Consommation et du Commerce, une demande visant à ce que son président Earl Smith soit autorisé à célébrer le mariage conformément au par. 20(2) de la *Loi sur le mariage*, L.R.O. 1980, ch. 256. Un an plus tard, Scientology a présenté une demande de contrôle judiciaire relativement à l'omission par Rosemarie Drapkin d'acquiescer à la demande.

8 Rosemarie Drapkin believed that it would help her to assess the application if she could review the seized documents. To that end, Kim Twohig, a solicitor in the Civil Division of the Crown Law Office, approached Casey Hill in July 1984. He advised her that there was a motion outstanding before Osler J. for an order quashing the search warrant and that access would only be granted if a court order was obtained pursuant to s. 490(15) (formerly 446(15)) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. He explained that there had been several interim rulings in this matter and stated that "this was probably the type of case where the

Rosemarie Drapkin estimait que, pour évaluer la demande, il lui serait utile d'examiner les documents saisis. À cette fin, Kim Twohig, procureur au Bureau des avocats de la Couronne — Droit civil, a communiqué avec Casey Hill en juillet 1984. Ce dernier l'a informée qu'une requête non encore tranchée avait été soumise au juge Osler en vue d'annuler le mandat de perquisition et que l'accès ne serait autorisé que si une ordonnance de la cour était obtenue conformément au par. 490(15) (auparavant 446(15)) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il a expliqué que plusieurs décisions intérimaires avaient été rendues

judge hearing such an application would want notice given to Scientology”.

During the last week of July 1984, Casey Hill travelled to Nassau to meet with the Attorney General of the Bahamas in respect of an ongoing criminal investigation. In the course of a telephone conversation, Kim Twohig conveyed to Casey Hill the urgent need she had to gain access to the documents as a date had been fixed to hear Scientology’s application for judicial review. Casey Hill testified that he told Kim Twohig that her *Criminal Code* application would have to be served on the Crown Law Office, Criminal Division in the usual fashion to obtain its consent.

Kim Twohig prepared the necessary materials, including the notice of motion and an affidavit of Rosemarie Drapkin, and obtained the requisite consent from James Blacklock of the Crown Law Office, Criminal Division. The application was then filed in Weekly Court on July 30, 1984 with the assistance of Jerome Cooper, a solicitor with the Ministry of Consumer and Commercial Relations. No notice was given to Scientology. The following day, a consent order granting access to all of the seized documents was issued by Sirois J. in chambers without submissions from counsel.

In her testimony at the trial of this action, Kim Twohig agreed that she alone made the decision not to provide notice to Scientology of her application. She testified that she assumed that the presiding judge would determine whether notice was necessary or appropriate. It was only later that she realized that the order of Sirois J. might provide access to sealed documents.

By letter dated August 22, 1984, Rosemarie Drapkin wrote to Charles Campbell concerning Scientology’s application and advised that she had “reviewed certain documents relating to the Scientology organization which were seized pursuant to the search warrant” issued on March 1,

sur cette question et déclaré qu’il [TRADUCTION] «s’agit probablement d’un cas où le juge saisi de la demande exigerait qu’on avise Scientology».

Au cours de la dernière semaine de juillet 1984, Casey Hill s’est rendu à Nassau pour y rencontrer le Procureur général des Bahamas relativement à une enquête en cours au criminel. Au cours d’une conversation téléphonique, Kim Twohig a informé Casey Hill qu’il était urgent pour elle d’obtenir accès aux documents parce qu’une date avait été fixée pour l’audition de la demande de contrôle judiciaire présentée par Scientology. Casey Hill a témoigné avoir informé Kim Twohig que sa demande fondée sur le *Code criminel* devrait être signifiée de la manière habituelle au Bureau des avocats de la Couronne — Droit criminel, en vue d’obtenir un consentement.

Kim Twohig a rédigé les documents nécessaires, dont l’avis de requête et un affidavit de Rosemarie Drapkin, et a obtenu le consentement requis de James Blacklock du Bureau des avocats de la Couronne — Droit criminel. Le 30 juillet 1984, la demande a été déposée à la cour des sessions hebdomadaires avec l’aide de Jerome Cooper, procureur au ministère de la Consommation et du Commerce. Aucun avis n’a été donné à Scientology. Le lendemain, sans entendre les arguments des avocats, le juge Sirois en son cabinet a rendu une ordonnance sur consentement accordant l’accès à tous les documents saisis.

Dans son témoignage au procès relatif à la présente action, Kim Twohig a reconnu qu’elle avait pris seule la décision de ne pas donner avis de sa demande à Scientology. Elle a présumé que le juge président l’audience déterminerait si l’avis était nécessaire ou approprié. C’est plus tard seulement qu’elle s’est rendu compte que l’ordonnance du juge Sirois pouvait autoriser l’accès à des documents scellés.

Dans une lettre du 22 août 1984, Rosemarie Drapkin a écrit à Charles Campbell au sujet de la demande présentée par Scientology et lui a dit avoir [TRADUCTION] «examiné certains documents concernant la structure de Scientology, saisis conformément au mandat de perquisition» délivré le

9

10

11

12

1983. Attached to the letter was a list of 89 documents, some of which had purportedly been sealed by order of Osler J. It was this information which raised the concern of Scientology and its legal advisers.

1^{er} mars 1983. À la lettre était jointe une liste de 89 documents, dont certains auraient apparemment été scellés par ordonnance du juge Osler. C'est cette information qui préoccupait Scientology et ses conseillers juridiques.

13 In response, Clayton Ruby wrote a somewhat precipitous and very aggressive letter to the Solicitor General of Ontario dated August 28, 1984. In it he accused the OPP of acting "as if there were no rule of law" and of "simply ignoring solicitor/client privilege and making a mockery of the courts". He called for a "full investigation" and demanded disciplinary action be taken "against everyone involved". Clayton Ruby was not aware of the order of Sirois J. at that time. He simply assumed that those involved had acted improperly.

En réponse, Clayton Ruby a écrit une lettre quelque peu précipitée et fort agressive au solliciteur général de l'Ontario le 28 août 1984. Il y accusait la PPO de [TRADUCTION] «faire fi de la primauté du droit, [d']ignorer complètement le privilège du secret professionnel de l'avocat et de ridiculiser les tribunaux». Il réclamait une «enquête exhaustive» et des mesures disciplinaires «contre toutes les personnes concernées». Clayton Ruby ignorait à ce moment-là l'existence de l'ordonnance rendue par le juge Sirois. Il avait simplement présumé que les personnes concernées avaient agi irrégulièrement.

14 As early as September 5, 1984, Clayton Ruby, along with other counsel and representatives of Scientology, decided that what had occurred was "disgraceful and shocking" and constituted contempt. They arrived at this conclusion without having taken any steps to ensure the accuracy of their impressions.

Dès le 5 septembre 1984, Clayton Ruby, ainsi que d'autres avocats et représentants de Scientology, ont décidé que ce qui était arrivé était [TRADUCTION] «honteux et choquant» et constituait un outrage. Ils sont arrivés à cette conclusion sans s'être assurés d'abord du bien-fondé de leurs impressions.

15 In a letter addressed to Casey Hill dated September 6, 1984, Clayton Ruby asked for Casey Hill's assistance in obtaining information regarding the circumstances under which the order of Sirois J. had been granted and why Scientology had not received notice of the application. He requested a response within five days. It should be noted that at the time this letter was written, Clayton Ruby was a Bencher of the Law Society and Vice-Chairman of the Law Society's Discipline Committee.

Dans une lettre du 6 septembre 1984, Clayton Ruby a demandé l'aide de Casey Hill pour obtenir des renseignements sur les circonstances dans lesquelles l'ordonnance du juge Sirois avait été rendue et la raison pour laquelle Scientology n'avait pas été avisée de la demande. Il exigeait une réponse dans les cinq jours. Il y a lieu de signaler qu'à l'époque où la lettre a été écrite, Clayton Ruby était conseiller de la Société du barreau et vice-président du comité de discipline de la Société du barreau.

16 The letter implied that there could be disciplinary proceedings brought before the Law Society of Upper Canada and that a contempt action might be instituted. Not surprisingly, it was given serious consideration by Casey Hill and others at the Ministry of the Attorney General. Hill sought the advice of his Director, Howard Morton. Morton wrote a letter to Ruby stating that in light of the serious nature of the allegations, he would not be

La lettre laissait supposer la possibilité que soit instituée, d'une part, une procédure disciplinaire devant la Société du barreau du Haut-Canada, et d'autre part une action pour outrage. Il va de soi que Casey Hill et les autres intervenants du ministère du Procureur général ont pris la chose très au sérieux. Hill a demandé conseil à son directeur Howard Morton, qui a écrit à Ruby que, compte tenu de la gravité des allégations, il ne serait pas en

able to reply within the five-day period imposed by Ruby.

On September 6 and 7, 1984, Michael Code (then an associate of Clayton Ruby) telephoned Casey Hill, Jerome Cooper and Kim Twohig to find out how access to the privileged documents had been obtained. They all conveyed a similar version of the past events and assured him that the sealed documents were not opened but rather that unsealed copies must have been examined. Code conceded in cross-examination that everyone he spoke to was cooperative.

On September 11, 1984, however, without making any further inquiries and without awaiting the reply from Casey Hill and Howard Morton, Ruby retained the appellant Morris Manning to advise Scientology in respect of possible contempt proceedings. On September 13, 1984, representatives of Scientology met with Morris Manning, Charles Campbell, Clayton Ruby, Michael Code and an articling student at Ruby's office. A decision was made to commence an application for criminal contempt against both Casey Hill and Jerome Cooper. Morris Manning testified that a critical piece of information which prompted him to bring the contempt application was the characterization by Michael Code of Casey Hill's attitude during their conversation. Casey Hill had allegedly said that if the Church missed sealing all copies of the privileged documents it was "too bad". In Morris Manning's opinion, this demonstrated a contemptuous attitude towards the court. He reached this conclusion without ever speaking to Casey Hill or any of the others involved in the incident such as Rosemarie Drapkin, Kim Twohig, James Blacklock, Jerome Cooper or Detective Inspector Ormsby, the senior officer of the OPP responsible for the investigation of Scientology. Nor had Morris Manning interviewed those representatives of Scientology who were directly involved in the sealing of the documents.

The evidence adduced at the contempt hearing clearly established that Casey Hill played no part in the application before Sirois J. and had nothing to do with the execution or filing of the consent on

mesure de répondre dans le délai prescrit de cinq jours.

Les 6 et 7 septembre 1984, Michael Code (alors associé de Clayton Ruby) a appelé Casey Hill, Jerome Cooper et Kim Twohig pour savoir comment l'accès aux documents protégés avait été obtenu. Ils ont tous donné une version semblable des événements passés et lui ont assuré que les documents scellés n'avaient pas été ouverts, affirmant que c'était plutôt les copies non scellées qui devaient avoir été examinées. Code a concédé en contre-interrogatoire que tous ceux à qui il avait parlé s'étaient montrés coopératifs.

Le 11 septembre 1984, toutefois, sans se renseigner plus avant et sans attendre la réponse de Casey Hill et de Howard Morton, Ruby a retenu les services de Morris Manning pour conseiller Scientology relativement à une éventuelle procédure pour outrage. Le 13 septembre 1984, les représentants de Scientology, Morris Manning, Charles Campbell, Clayton Ruby, Michael Code et un stagiaire se sont réunis au bureau de Ruby. Ils ont alors décidé d'intenter une action pour outrage au criminel contre Casey Hill et Jerome Cooper. Morris Manning a témoigné que l'élément d'information capital qui l'avait amené à intenter l'action pour outrage était la description donnée par Michael Code de l'attitude de Casey Hill pendant leur conversation. Casey Hill aurait dit que c'était [TRADUCTION] «tant pis» si Scientology n'avait pas scellé toutes les copies des documents protégés. Morris Manning estimait que cela révélait une attitude outrageante envers la cour. Il a tiré cette conclusion sans jamais parler à Casey Hill ni à aucune autre personne concernée, comme Rosemarie Drapkin, Kim Twohig, James Blacklock, Jerome Cooper ou le sergent détective Ormsby, officier supérieur de la PPO chargé de mener l'enquête sur Scientology. Morris Manning n'a pas interrogé non plus les représentants de Scientology qui avaient directement participé à la mise sous scellé des documents.

La preuve produite lors de l'audition sur l'outrage a permis d'établir clairement que Casey Hill n'avait joué aucun rôle dans la demande présentée au juge Sirois et n'avait rien à voir avec l'exécu-

17

18

19

behalf of the Attorney General for Ontario. In fact, he was only informed of any difficulties associated with the order of Osler J. in late August 1984, when he received a telephone call from Detective Inspector Ormsby. At that time, Ormsby advised him that Rosemarie Drapkin had attended at the OPP building in which the seized documents were held with the order of Sirois J., but that she was denied access to the sealed documents. The sealed documents were never opened. What Rosemarie Drapkin may have seen were unsealed copies of the sealed documents that were probably located in different boxes than the sealed originals.

tion ou le dépôt du consentement au nom du procureur général de l'Ontario. En fait, il n'a été informé des difficultés liées à l'ordonnance du juge Osler qu'à la fin août 1984, quand il a reçu un appel du sergent détective Ormsby. Ce dernier l'a alors informé que, munie de l'ordonnance du juge Sirois, Rosemarie Drapkin s'était présentée à l'immeuble de la PPO où les documents saisis étaient conservés, mais qu'on lui avait refusé l'accès aux documents scellés. Ceux-ci n'ont jamais été ouverts. Rosemarie Drapkin a pu voir des copies non scellées des documents scellés, probablement placées dans d'autres boîtes que les originaux scellés.

20 Between September 13 and 17, 1984, Morris Manning prepared a notice of motion for the contempt application returnable in Weekly Court some time in early January 1985. During this time, he did not make any attempt to determine what was being done with the seized documents or to ascertain whether any continuing breach of privilege was occurring.

Entre le 13 et le 17 septembre 1984, Morris Manning a rédigé un avis de requête relativement à l'action pour outrage, à présenter devant la cour des sessions hebdomadaires au début du mois de janvier 1985. Pendant ce temps, il n'a jamais tenté de connaître le sort des documents saisis ni de vérifier si l'on violait le privilège de façon continue.

(A) *The "Enemy Canada" File*

(A) *Le dossier «ennemi Canada»*

21 Long before he gave advice to the OPP in connection with the search and seizure of documents which took place on March 3 and 4, 1983, Casey Hill had become a target of Scientology's enmity. Over the years, he had been involved in a number of matters concerning Scientology's affairs. As a result, it kept a file on him. This was only discovered when the production of the file was ordered during the course of this action. The file disclosed that from approximately 1977 until at least 1981, Scientology closely monitored and tracked Casey Hill and had labelled him an "Enemy Canada". Casey Hill testified that from his experience, persons viewed by Scientology as its enemies were "subject to being neutralized".

Bien avant d'avoir conseillé la PPO relativement à la perquisition et à la saisie des documents, survenues les 3 et 4 mars 1983, Casey Hill était devenu la cible de l'hostilité de Scientology. Au fil des ans, il avait travaillé dans plusieurs affaires concernant Scientology. Celle-ci a donc assemblé un dossier sur lui, fait qui a été découvert seulement lorsque la production du dossier a été ordonnée au cours de l'action. Le dossier révélait qu'à partir de 1977 environ jusqu'à 1981 au moins, Scientology avait étroitement surveillé et suivi Casey Hill et l'avait désigné comme «ennemi Canada». Casey Hill a témoigné que, selon son expérience, les personnes que Scientology considère ses ennemis sont «susceptibles d'être neutralisées».

(B) *The Press Conference*

(B) *La conférence de presse*

22 In the file of Charles Campbell there was a note dated September 10 or 11, 1984 which made reference to a press conference to be held the following Monday, September 17, 1984. It appears, then, that

Le dossier de Charles Campbell contenait une note datée du 10 ou du 11 septembre 1984, où il était question de la conférence de presse qui devait se tenir le lundi suivant, soit le 17 septembre 1984.

before it had even consulted Morris Manning, Scientology intended to call a press conference

The press conference was organized by Earl Smith. He contacted a number of media organizations, including CFTO-TV, CBC television and *The Globe and Mail* and invited them to the event which was to be held in front of Osgoode Hall. Morris Manning was appearing on that day before the Court of Appeal in an unrelated matter and attended the press conference in his barrister's gown.

He testified that he answered a number of questions concerning the contempt proceedings and then, at the request of the media, read a passage from the notice of motion for the television cameras. Copies of the notice of motion were distributed to the media along with a typewritten document, prepared by Scientology, entitled "Chronology of Events Leading to Contempt Motion".

The notice of motion in essence alleged that Casey Hill had participated in the misleading of Sirois J. and that he had participated in or aided and abetted others in the opening and inspection of documents which to his knowledge were sealed by Osler J.

On the evening of September 17, 1984, the CFTO broadcast was seen by an audience of approximately 132,000 people. The text of the broadcast is set out in Appendix A to these reasons. The CBC broadcast was seen by approximately 118,000 people. The text is found in Appendix B. The following morning, an article appeared in *The Globe and Mail* entitled "Motion of Contempt Launched by Church". Approximately 108,000 copies of the edition containing this article were distributed. The article is reproduced in Appendix C. All three publications repeated the allegations made in the notice of motion.

Il appert qu'avant même d'avoir consulté Morris Manning, Scientologie avait l'intention de tenir une conférence de presse.

Earl Smith s'est chargé d'organiser la conférence de presse. Il a communiqué avec différents médias, dont CFTO-TV, CBC et *The Globe and Mail*, et les a invités à l'événement qui devait se tenir devant Osgoode Hall. Morris Manning comparait ce même jour devant la Cour d'appel dans une autre affaire et portait sa toge d'avocat à la conférence de presse.

Il a témoigné avoir répondu à un certain nombre de questions sur la procédure pour outrage et, à la demande des médias, avoir lu un passage de l'avis de requête pour le bénéfice des caméras de la télévision. Des copies de l'avis de requête ont été distribuées aux médias avec un document de Scientologie, intitulé [TRADUCTION] «Chronologie des événements ayant mené à la requête pour outrage».

L'avis de requête alléguait essentiellement que Casey Hill avait contribué à induire le juge Sirois en erreur et avait participé ou avait aidé ou encouragé d'autres personnes à procéder à l'ouverture et à l'inspection de documents qu'il savait avoir été scellés par le juge Osler.

Le 17 septembre 1984 en soirée, le reportage de CFTO a été vu par environ 132 000 personnes. Le texte du reportage est reproduit à l'annexe A des présents motifs. Le reportage diffusé par CBC, dont le texte figure à l'annexe B, a été vu par environ 118 000 personnes. Le lendemain matin, un article est paru dans *The Globe and Mail*, intitulé [TRADUCTION] «Une Église intente une action pour outrage». Environ 108 000 exemplaires de l'édition contenant cet article ont été distribués. L'article est reproduit à l'annexe C. Les trois reportages reprenaient les allégations contenues dans l'avis de requête.

23

24

25

26

(C) *The Felske Memorandum*

27 Patricia Felske is a Scientologist who had attended at the offices of the OPP on a regular basis since March 1983 for the purpose of reviewing the seized materials and ensuring that the privileged documents were sealed. Between August 29, 1984, and September 27, 1984, she, along with other representatives from Scientology, opened the sealed envelopes and verified their contents against photocopies of the documents that Rosemarie Drapkin had examined. Their purpose was to determine whether Ms. Drapkin had been granted access to the restricted materials.

28 On September 17, 1984, the day of the press conference, the Scientology investigation was well advanced and neither then nor later was there any indication that Drapkin gained access to sealed documents. Scientology and Manning nevertheless proceeded with the press conference before any conclusive findings had been made on this issue.

29 On November 2, 1984, Patricia Felske prepared a brief summary of her findings, entitled "Time Track Re: Solicitor and Client Privileged Documents", which she sent to Clayton Ruby, Charles Campbell, Morris Manning and Diane Martin, another of Scientology's lawyers. In it she concluded that "[t]here was no evidence to support any allegation that the sealed envelopes had been tampered with by the OPP" (emphasis added).

(D) *The Contempt Trial*

30 The contempt trial was heard by Cromarty J. for 11 days beginning the next Monday, November 5, 1984. Morris Manning and Charles Campbell had carriage of the proceedings on behalf of Scientology. A number of witnesses were called by them, including Clayton Ruby, Michael Code, Kim Twohig, Rosemarie Drapkin, James Blacklock, Detective Inspector Ormsby and four other members of the OPP who had direct responsibility for the seized documents.

(C) *Le mémoire de Felske*

Patricia Felske, une adepte de la scientologie, s'était présentée régulièrement aux bureaux de la PPO depuis mars 1983 dans le but d'examiner les documents saisis et de s'assurer que les documents protégés étaient scellés. Entre le 29 août 1984 et le 27 septembre 1984, elle et d'autres représentants de Scientologie ont ouvert les enveloppes scellées pour en vérifier le contenu et le comparer aux photocopies des documents que Rosemarie Drapkin avait examinés. Ils cherchaient à déterminer si M^{me} Drapkin avait obtenu accès aux documents confidentiels.

Le 17 septembre 1984, le jour de la conférence de presse, les recherches de Scientologie étaient très avancées et, ni à ce moment-là, ni par la suite, n'y a-t-il eu d'indication que Drapkin avait eu accès aux documents protégés. Scientologie et Manning ont tout de même tenu la conférence de presse avant que des conclusions déterminantes soient tirées à cet égard.

Le 2 novembre 1984, Patricia Felske a rédigé un bref résumé de ses conclusions intitulé [TRADUCTION] «Chronologie concernant les documents protégés par le secret professionnel», qu'elle a fait parvenir à Clayton Ruby, Charles Campbell, Morris Manning et Diane Martin, une autre avocate de Scientologie. Elle y concluait qu'[TRADUCTION] «[i]l n'existe aucune preuve appuyant une quelconque allégation que la PPO a altéré les enveloppes scellées» (je souligne).

(D) *L'action pour outrage*

Le procès pour outrage, tenu devant le juge Cromarty, a commencé le lundi suivant, soit le 5 novembre 1984, et a duré 11 jours. Morris Manning et Charles Campbell y agissaient pour le compte de Scientologie. Ils ont appelé un certain nombre de témoins, dont Clayton Ruby, Michael Code, Kim Twohig, Rosemarie Drapkin, James Blacklock, le sergent détective Ormsby et quatre autres membres de la PPO sous la responsabilité directe desquels se trouvaient les documents saisis.

Following the presentation of Scientology's case, Cromarty J. dismissed the application on a motion for non-suit on December 7, 1984: 13 W.C.B. 231. He held that there was no evidence that Casey Hill participated in any stage of the application made before Sirois J. or that he should have been aware of any need for further inquiry into Kim Twohig's actions.

From the contents of the Felske Memorandum, which only came to light at the trial of the present action, it is evident that prior to the start of the contempt hearing, Scientology was well aware that no sealed envelopes had been opened. Yet, it still proceeded with a contempt prosecution against Casey Hill.

Morris Manning testified that he never received the Felske Memorandum and conceded that if he had been aware of it, he would have been obliged to disclose it to Casey Hill. However, on the week-end prior to the start of the contempt trial, Morris Manning was briefed by Charles Campbell. At trial, both Campbell and Ruby acknowledged that they had received the Felske Memorandum. In addition, Campbell testified that all important information concerning the prosecution was shared with everybody involved. It might be inferred that this would include Manning.

Further, Morris Manning met with Patricia Felske and two other representatives of Scientology during the weekend prior to the hearing of the contempt motion. However, he testified that they were not interviewed for the purpose of giving evidence at the contempt trial nor were they called to do so. Cromarty J. characterized the failure to call these individuals as "a most eloquent omission".

There was another equally eloquent omission. The OPP officers who were called by Scientology to testify were not asked to produce the sealed envelopes they were directed to bring with them to court. If they had, it would have been obvious that the envelopes had not been tampered with.

Au terme de la présentation de la preuve par Scientologie, le juge Cromarty a rejeté la demande sur une motion en non-lieu le 7 décembre 1984: 13 W.C.B. 231. Il n'y avait à son avis aucune preuve que Casey Hill avait participé à quelque étape que ce soit de la demande présentée devant le juge Sirois ou qu'il aurait dû savoir qu'il fallait se renseigner davantage sur les actes de Kim Twohig.

D'après le contenu du mémoire de Felske, dévoilé au procès de la présente action, il est évident qu'avant le début de l'audition relative à l'outrage, Scientologie savait très bien qu'aucune enveloppe scellée n'avait été ouverte et avait pourtant intenté l'action pour outrage contre Casey Hill.

Morris Manning a témoigné n'avoir jamais reçu le mémoire de Felske et concédé que s'il en avait été informé, il aurait été tenu de le révéler à Casey Hill. Toutefois, le week-end précédant le procès pour outrage, Morris Manning a été mis au courant par Charles Campbell. Au procès, Campbell et Ruby ont tous deux reconnu avoir reçu le mémoire de Felske. De même, Campbell a témoigné que tous les renseignements importants concernant la poursuite étaient connus de tous les participants. On peut présumer que Manning était de ceux-là.

Par ailleurs, Morris Manning a rencontré Patricia Felske et deux autres représentants de Scientologie au cours du week-end qui a précédé l'audition de la requête pour outrage. Il a cependant témoigné qu'il ne les avait pas rencontrés dans le but de les faire témoigner au procès pour outrage et qu'ils n'ont pas été appelés à le faire. Le juge Cromarty a qualifié cette omission [TRADUCTION] «de fort éloquente».

Une autre omission tout aussi révélatrice a été commise. On n'a pas demandé aux agents de la PPO appelés par Scientologie à témoigner, de produire les enveloppes scellées qu'ils avaient dû apporter à la cour. Si on leur avait demandé, il serait devenu évident que les enveloppes n'avaient pas été altérées.

31

32

33

34

35

(E) *The Attempt to Disqualify Casey Hill from the Search and Seizure Proceedings*(E) *La tentative de rendre Casey Hill inhabile à agir dans l'instance relative à la fouille, à la perquisition ou à la saisie abusive*

36 As stated earlier, Scientology made an application in March 1983 to quash the search warrant which the OPP had used to seize its documents. This application was commenced before Osler J. prior to September 17, 1984, but was adjourned until the completion of the contempt proceedings. Throughout this time, Casey Hill represented the Crown as lead counsel.

Ainsi qu'il a été mentionné précédemment, Scientologie a présenté en mars 1983 une demande d'annulation du mandat de perquisition utilisé par la PPO pour saisir ses documents. Cette demande a été instituée devant le juge Osler le 17 septembre 1984, mais a été ajournée jusqu'à l'issue de l'action pour outrage. Pendant tout ce temps, Casey Hill a agi comme avocat principal pour le compte du ministère public.

37 The application was resumed on December 18, 1984. By that time, the contempt charges had been dismissed as unfounded and this libel action had been commenced. Casey Hill continued to represent the Crown but made a full disclosure of all the relevant circumstances to Osler J. He submitted that the proceedings involved the interpretation and application of legal principles rather than the exercise of prosecutorial discretion and, as a consequence, his ability to act as responding counsel was not impaired.

La demande a été reprise le 18 décembre 1984. À cette date, les accusations d'outrage avaient été rejetées parce que non fondées et la présente action pour libelle avait été instituée. Casey Hill a continué à représenter le ministère public, mais a révélé au juge Osler toutes les circonstances pertinentes. Il a fait valoir que les procédures soulevaient l'interprétation et l'application de principes juridiques et non pas l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de poursuivre et qu'en conséquence, sa capacité d'agir à titre d'avocat en défense n'était pas compromise.

38 Scientology, nevertheless, moved to disqualify Casey Hill on the ground that occasions might arise where he would have to exercise a discretion as to the production of a document and as to the significance to be attached to it. Scientology contended that this could reflect adversely upon it and, in due course result in a favourable consideration of Casey Hill's libel suit. Scientology was essentially suggesting that Casey Hill would use his position as Crown counsel to further his private interests. This was a serious attack on his professional integrity which added to the sting of the libel uttered to that point.

Scientologie a tout de même présenté une requête en vue de faire prononcer l'inhabilité de Casey Hill pour le motif qu'il pouvait se présenter des cas où il aurait à exercer son pouvoir discrétionnaire relativement à la production d'un document et à l'importance qu'il faudrait lui prêter. Scientologie a fait valoir que cela risquait de lui nuire et, à la longue, de faire bénéficier l'action pour libelle de Casey Hill d'une considération favorable. Scientologie donnait essentiellement à entendre que Casey Hill se servirait de ses fonctions d'avocat du ministère public pour promouvoir ses intérêts personnels. C'était là une grave attaque contre son intégrité personnelle qui ajoutait à l'offense du libelle commis jusque là.

39 Osler J. emphatically rejected these arguments. He stated that it was fundamentally important for the Crown to "proceed courageously in the face of threats and attempts at intimidation or in the face of proceedings that have been found to be ground-

Le juge Osler a rejeté catégoriquement ces arguments. Il a déclaré qu'il était fondamentalement important pour le ministère public de [TRADUCTION] «poursuivre avec courage malgré les menaces et les tentatives d'intimidation ou malgré

less but have obviously had the effect of harassment”.

(F) *Pleas of Justification*

On February 18, 1985, Scientology delivered its statement of defence in this action. Notwithstanding the findings contained in the Felske Memorandum prepared by its own members, and the conclusion reached by Cromarty J. in the contempt hearing, Scientology entered a plea of justification.

Scientology also put forward as true an allegation that Casey Hill directed and supervised the OPP in the opening and reviewing of 20 boxes of documents which had been sealed by order of Linden J. This was found by the Court of Appeal to constitute a separate allegation of contempt and a further attack upon the integrity of Casey Hill in the performance of his duties as Crown counsel.

Scientology maintained its plea of justification throughout the trial and did not withdraw it until the first day of the hearing before the Court of Appeal on December 6, 1993, some nine years after the original libel.

Morris Manning delivered his statement of defence on April 1, 1985, and also asserted a plea of justification which he did not withdraw until the week prior to the commencement of the trial. He persisted in this plea despite the decision of Cromarty J. dismissing the motion to commit Casey Hill for contempt and despite the overwhelming evidence indicating that the allegations made against Hill were false.

(G) *The Conduct of Scientology at Trial*

Scientology continued its attack against Casey Hill throughout the trial of this action, both in the presence of the jury and in its absence. More than once, it reiterated the libel even though it knew that these allegations were false. Clearly, it sought to repeatedly attack Casey Hill's moral character. Some examples are set out below.

les procédures qui, bien que jugées sans fondement, avaient de toute évidence entraîné des vexations».

(F) *La défense de justification*

Le 18 février 1985, Scientology a communiqué sa défense en l'espèce. En dépit des conclusions du mémoire de Felske, rédigé par ses propres membres, et de la conclusion du juge Cromarty dans le cadre de l'action pour outrage, Scientology a invoqué la défense de justification.

Scientologie a également soutenu la véracité de l'allégation suivant laquelle Casey Hill avait dirigé et supervisé la PPO lors de l'ouverture et de l'examen de 20 boîtes de documents qui avaient été scellés sur ordonnance du juge Linden. La Cour d'appel a conclu qu'il s'agissait d'une allégation d'outrage distincte et d'une seconde attaque contre l'intégrité de Casey Hill dans l'exécution de ses fonctions de substitut du procureur général.

Scientologie a maintenu sa défense de justification tout au long du procès et ne l'a retirée que le premier jour de l'audience devant la Cour d'appel le 6 décembre 1993, quelque neuf ans après le libelle initial.

Morris Manning a déposé sa défense le 1^{er} avril 1985, invoquant lui aussi une défense de justification qu'il n'a retirée qu'une semaine avant l'ouverture du procès. Il a maintenu ce plaidoyer malgré le rejet par le juge Cromarty de la requête visant à envoyer Casey Hill à procès pour outrage et en dépit d'une preuve abondante de la fausseté des allégations visant Hill.

(G) *Le comportement de Scientology au procès*

Scientologie a maintenu ses attaques contre Casey Hill tout au long du procès dans la présente action, tant en présence du jury qu'en son absence. Plus d'une fois elle a réitéré le libelle tout en sachant que ces allégations étaient fausses. De toute évidence, elle a cherché à maintes reprises à attaquer la moralité de Casey Hill. Des exemples sont donnés plus loin.

40

41

42

43

44

(1) The Cross-Examination of Casey Hill

45 Counsel for Scientology subjected Casey Hill to a lengthy cross-examination which the Court of Appeal correctly described as a "skilful and deliberate attempt at character assassination" (p. 452 O.R.). Counsel suggested that Casey Hill often improperly coached his witnesses and took the same approach with respect to his own testimony at the libel trial. It was insinuated that Casey Hill was an untrustworthy person who would breach his undertakings as he had done in this case in relation to the sealed documents. Attempts were also made to blame him for the failure to give notice to Scientology concerning the application before Sirois J. even though he had been vindicated seven years earlier by Cromarty J.

(2) The "Veiled Threat" Against Clayton Ruby

46 Michael Code testified that during the course of his conversation with Casey Hill on September 6, 1984, the latter had made a veiled threat against Clayton Ruby which he described in the following terms:

He [Casey Hill] suggests we may receive an ominous reply to Clay's complaints. He is awaiting a report back from the police. What he said to me was something to the effect that there was a police investigation of Mr. Ruby's conduct and basically, you better watch it. [Emphasis added.]

47 When Casey Hill was called in reply, he denied making any such threat or using the word "ominous" during the conversation. Rather, he testified that he had used the word "omnibus" in reference to a combined reply to the letters that Ruby sent to the Solicitor General and to himself.

48 In cross-examination, counsel for Scientology accused Casey Hill of fabricating this version of events. Not only did counsel suggest that Hill had lied on the stand, but the general tenor of his questioning implied that Hill was so unprincipled that

(1) Le contre-interrogatoire de Casey Hill

Les avocats de Scientologie ont soumis Casey Hill à un long contre-interrogatoire que la Cour d'appel a qualifié à juste titre de [TRADUCTION] «tentative habile et délibérée de porter atteinte à sa moralité» (p. 452 O.R.). L'avocat a laissé à entendre qu'il arrivait fréquemment à Casey Hill de préparer improprement ses témoins et qu'il avait fait la même chose pour son témoignage lors du procès pour libelle. Il a insinué que Casey Hill n'était pas digne de confiance et qu'il ne respectait pas ses engagements, comme l'indiquait ce qu'il avait fait dans la présente affaire relativement aux documents scellés. Il a tenté également de le blâmer pour son omission de donner avis à Scientologie de la demande soumise au juge Sirois bien que, sept ans plus tôt, le juge Cromarty lui eut donné raison.

(2) La «menace voilée» proférée contre Clayton Ruby

Michael Code a témoigné qu'au cours de sa conversation avec Casey Hill le 6 septembre 1984, ce dernier avait proféré une menace voilée contre Clayton Ruby, qu'il décrit de la façon suivante:

[TRADUCTION] Il [Casey Hill] laisse entendre que nous recevrons peut-être une réponse alarmante [«*ominous*»] aux plaintes de Clay. Il attend un rapport de la police. Ce qu'il m'a dit en fait, c'est que la police menait une enquête sur les agissements de M. Ruby et qu'essentiellement, nous devrions nous tenir sur nos gardes. [Je souligne.]

Lorsque Casey Hill a été appelé en contre-preuve, il a nié avoir proféré ces menaces ou avoir utilisé le mot «alarmante» [«*ominous*»] au cours de la conversation. Il a témoigné avoir plutôt utilisé le mot «*omnibus*» en référence à une réponse combinée aux lettres que Ruby avait envoyées au solliciteur général et à lui-même.

En contre-interrogatoire, l'avocat de Scientologie a accusé Casey Hill d'avoir fabriqué cette version des événements. Non seulement l'avocat a-t-il laissé entendre que Hill avait menti à la barre, mais le sens général de son interrogatoire impliquait que

he would use the power of the state to intimidate an opposing lawyer.

(3) The Closing Address to the Jury by Counsel for Scientology

During his closing address, counsel for Scientology contended that Casey Hill had demonstrated feigned and insincere emotion when he described his reaction to seeing the publication of the CFTO broadcast on the evening of September 17, 1984. He suggested to the jury that it may have been nothing more than a “skilled performance to tug at your heartstrings” in order to influence the verdict.

(H) *The Events Following the Verdict of the Jury*

The day after the jury’s verdict, on October 4, 1991, Scientology republished the libel in a press release delivered to the media. A few weeks later, it issued another press release attacking the verdict of the jury as “outrageous” and “so exorbitant and so grossly out of proportion that it was influenced more by *L.A. Law* than Canadian legal tradition”. Shortly thereafter, it proceeded with a motion before Carruthers J. to adduce evidence which, it contended, would bear “directly on the credibility and reputation of the plaintiff S. Casey Hill”. That motion was later withdrawn.

II. Judgments Below

(A) *Trial by Jury* (Carruthers J. presiding)

This action for damages for libel was commenced on December 14, 1984. The trial before Carruthers J. and a jury lasted from September 3, 1991 until October 3, 1991. The questions posed to the jury and their answers were as follows:

SPECIAL VERDICT

QUESTIONS

A. With Respect to the Defendant, Morris Manning

Hill était dénué de principes au point d'utiliser le pouvoir de l'État pour intimider un avocat adverse.

(3) L'exposé final de l'avocat de Scientology au jury

Dans son exposé final, l'avocat de Scientology a soutenu que Casey Hill avait démontré une émotion feinte et dénuée de sincérité en décrivant sa réaction à la diffusion du reportage à CFTO dans la soirée du 17 septembre 1984. Il a indiqué au jury qu'il s'agissait ni plus ni moins d'une [TRADUCTION] «performance habile pour faire vibrer vos cordes sensibles» afin d'influencer le verdict.

(H) *Les événements postérieurs au verdict du jury*

Le lendemain du verdict du jury, soit le 4 octobre 1991, Scientology a publié de nouveau le libelle dans un communiqué de presse transmis aux médias. Quelques semaines plus tard, elle a publié un second communiqué de presse, qualifiant le verdict du jury d'[TRADUCTION] «outrageant» et de «si exorbitant et exagéré qu'il relève davantage de la série *L.A. Law* que de la tradition juridique canadienne». Peu après, elle a présenté une requête devant le juge Carruthers pour produire des éléments de preuve qui, selon elle, porteraient [TRADUCTION] «directement sur la crédibilité et la réputation du demandeur S. Casey Hill». Cette requête a été retirée par la suite.

II. Les décisions des juridictions inférieures

(A) *Le procès devant jury* (présidé par le juge Carruthers)

L'action en dommages-intérêts pour libelle a été intentée le 14 décembre 1984. Le procès tenu devant le juge Carruthers et un jury s'est déroulé du 3 septembre 1991 au 3 octobre 1991. Les questions posées au jury et leurs réponses ont été les suivantes:

[TRADUCTION]

VERDICT SPÉCIAL

QUESTIONS

A. Relativement au défendeur Morris Manning

49

50

51

1. Did the CBC broadcast refer to the plaintiff?

A. Yes

2. Did Morris Manning instruct, authorize or consent to the publication of the Notice of Motion at the press conference?

A. Yes

B. With Respect to Both Defendants

3. Are the words complained of in the CFTO and CBC broadcasts on September 17, 1984, the Globe & Mail article on September 18, 1984 and the Notice of Motion defamatory of the plaintiff?

A. Yes

4. If the answer to Question 3 is "yes", what general damages, if any, is the plaintiff, Casey Hill, entitled to from the defendants, The Church of Scientology of Toronto and Morris Manning?

A. \$300,000

5. If your answer to Question 3 is "yes", is he entitled to any aggravated damages from the defendant, Morris Manning, in addition to any general damages already assessed, and if so, in what amount?

A. Nil

6. If your answer to Question 3 is "yes", is he entitled to any aggravated damages from the defendant, The Church of Scientology of Toronto, in addition to any general damages already assessed, and if so, in what amount?

A. \$500,000

7. If your answer to Question 3 is "yes", is he entitled to any punitive damages from the defendant, The Church of Scientology of Toronto, and if so, in what amount?

A. \$800,000

1. Le reportage de CBC mentionnait-il le demandeur?

R. Oui

2. Morris Manning a-t-il demandé ou autorisé la publication de l'avis de requête à la conférence de presse, ou y a-t-il consenti?

R. Oui

B. Relativement aux deux défendeurs

3. Les propos dont on se plaint dans les reportages de CFTO et de CBC du 17 septembre 1984, dans l'article du Globe & Mail du 18 septembre 1984, et l'avis de requête, sont-ils diffamatoires à l'égard du demandeur?

R. Oui

4. Si la réponse à la question 3 est affirmative, quels dommages-intérêts généraux, le cas échéant, le demandeur Casey Hill est-il fondé à recevoir des défendeurs, l'Église de scientologie de Toronto et Morris Manning?

R. 300 000 \$

5. Si la réponse à la question 3 est affirmative, est-il fondé à recevoir des dommages-intérêts majorés du défendeur Morris Manning outre les dommages-intérêts généraux déjà fixés et, dans l'affirmative, quel montant?

R. Aucun

6. Si la réponse à la question 3 est affirmative, est-il fondé à recevoir des dommages-intérêts majorés de la défenderesse l'Église de scientologie de Toronto outre les dommages-intérêts généraux déjà fixés et, dans l'affirmative, quel montant?

R. 500 000 \$

7. Si la réponse à la question 3 est affirmative, est-il fondé à recevoir des dommages-intérêts punitifs de la défenderesse l'Église de scientologie de Toronto et, dans l'affirmative, quel montant?

R. 800 000 \$

52

Following the verdict, the appellants made a motion before Carruthers J. requesting that he completely disregard the jury's assessment of damages because it was "outrageous, exorbitant and entirely out of proportion to the sting of the defamation" ((1992), 7 O.R. (3d) 489, at p. 497). Carruthers J. concluded that the jury was properly instructed as to the object and purpose of each head of damage and that there was evidence upon

Une fois le verdict rendu, les appelants ont déposé une requête devant le juge Carruthers, réclamant qu'il ne tienne aucun compte de l'évaluation par le jury des dommages-intérêts parce qu'elle était [TRADUCTION] «outrageante, exorbitante et sans proportion aucune avec le tort causé par la diffamation» ((1992), 7 O.R. (3d) 489, à la p. 497). Le juge Carruthers a conclu que le jury avait reçu des directives justes quant au but et à

which the jury could have reached a conclusion that it was entitled to award damages under each of the three heads.

Carruthers J. refused to “invade the province of the jury” in order to make his own assessment of the damages (at p. 502). He noted that since both defendants vigorously opposed each of the several motions on behalf of the plaintiff to discharge the jury, it was not open to them to suggest that he fix damages himself.

(B) *Court of Appeal* (1994), 18 O.R. (3d) 385

The Court of Appeal, in its careful and extensive reasons, rejected the appellants’ allegation that the common law of defamation violated s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It did so for two reasons. First, the court held that it was nothing more than a “bare assertion” of unconstitutionality which could not support their constitutional challenge (at p. 414). Second, the court held that even if the constitutional challenge could be resolved in the absence of an evidentiary foundation, the appellants failed to show that the action for damages commenced by Casey Hill was a form of “government action” which was necessary in order to attract the application of the *Charter*. The court rejected the argument that Casey Hill’s position as a public figure implicated the government in whatever action he pursued. It also dismissed the submission that the government funding of his action was relevant to this question.

The Court of Appeal then considered the argument that interpreting the common law in a manner consistent with the *Charter* required the adoption of the “actual malice” standard of liability set out in the reasons of the U.S. Supreme Court in *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). There, Brennan J. held that public officials could only collect damages for statements concerning their fitness for office in circumstances where they could demonstrate that the defamatory

l’objet de chaque catégorie de dommages-intérêts et qu’il existait une preuve sur le fondement de laquelle le jury pouvait estimer justifié d’accorder des dommages-intérêts relativement à chacune des trois catégories.

Le juge Carruthers a refusé d’[TRADUCTION] «empiéter sur la compétence du jury» et de fixer lui-même les dommages-intérêts (à la p. 502). Il a signalé que, comme les deux défendeurs s’étaient opposés vigoureusement à toutes les requêtes présentées pour le compte du demandeur en vue de libérer le jury, il ne leur appartenait pas de proposer qu’il fixe lui-même le montant des dommages-intérêts.

(B) *La Cour d’appel* (1994), 18 O.R. (3d) 385

Dans des motifs minutieux et approfondis, la Cour d’appel a écarté pour deux raisons la prétention des appelants selon laquelle la common law de la diffamation viole l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La cour a statué d’une part qu’il ne s’agissait de rien de plus qu’une «simple affirmation» d’inconstitutionnalité qui ne pouvait étayer leur contestation constitutionnelle (à la p. 414). D’autre part, elle a conclu que, même si la contestation constitutionnelle pouvait être résolue sans preuve à l’appui, les appelants n’avaient pas réussi à établir que l’action en dommages-intérêts introduite par Casey Hill était une forme d’«action gouvernementale», condition préalable à l’application de la *Charte*. La cour a rejeté l’argument selon lequel Casey Hill implique le gouvernement dans tout acte qu’il accomplit, parce qu’il est une personnalité publique. Elle a également écarté la prétention que le financement de cette action par le gouvernement était pertinent quant à la question.

La Cour d’appel a ensuite considéré l’argument selon lequel, pour interpréter la common law d’une manière qui soit conforme à la *Charte*, il faut adopter la norme de responsabilité de la «malveillance véritable», énoncée par la Cour suprême des États-Unis dans *New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Dans cette affaire, le juge Brennan a conclu que les représentants officiels ne pouvaient obtenir de dommages-intérêts relativement à des propos tenus sur leur compétence pro-

53

54

55

statement was made “with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not” (p. 280). After noting that the common law concept of malice involves an assessment of different factors, such as animosity, hostility, ill will and spite, the court concluded that the adoption of the rule in *New York Times v. Sullivan*, *supra*, would result in a major change to the common law that was neither necessary nor merited. It found that the existing rule was historically based on sound policy reasons which recognized the importance of the protection of the reputation of individuals who assume the responsibilities of public officials.

fessionnelle que s'ils établissaient que l'auteur des propos diffamatoires [TRADUCTION] «savait qu'ils étaient faux ou ne se souciait pas de savoir s'ils étaient vrais ou faux» (p. 280). Ayant noté que le concept de la malveillance en common law commande l'appréciation de différents facteurs, tels l'animosité, l'hostilité, le mauvais vouloir et la rancune, la cour a conclu que l'adoption de la règle de *New York Times c. Sullivan*, précitée, entraînerait en common law un changement important qui n'était ni nécessaire ni justifié. Selon la cour, la règle actuelle repose historiquement sur de solides considérations de principe qui reconnaissent l'importance de protéger la réputation des personnes qui assument des fonctions de représentants officiels.

56 The appellants also submitted that the trial judge erred in ruling that the circumstances of the press conference did not constitute an occasion of qualified privilege and in declining to charge the jury with respect to that defence. The Court of Appeal found that under the common law, qualified privilege attached only to the publication of documents read or referred to in open court. It was opposed to conferring a privilege on a press conference held for the purpose of disseminating to the public details of a pending legal proceeding at a time when no document in connection with that legal proceeding had yet been filed in any court office. In rejecting the argument that this Court's judgment in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, superseded the common law rule, the court stated that, while there is a right to publish details of judicial proceedings before they are heard in open court, “such publication does not enjoy the protection of qualified privilege if it is defamatory” (p. 427).

Les appelants ont également fait valoir que le juge du procès avait commis une erreur en statuant que les circonstances qui entouraient la conférence de presse n'appelaient pas l'immunité relative et en refusant de faire un exposé au jury sur ce moyen de défense. La Cour d'appel a conclu qu'en common law, l'immunité relative ne peut être invoquée que relativement à la publication de documents lus ou mentionnés lors d'une audience publique. Elle a refusé d'entourer de l'immunité une conférence de presse tenue dans le but de communiquer au public des renseignements relatifs à une procédure en cours à un moment où aucun document n'avait encore été déposé devant un tribunal. En rejetant l'argument portant que la décision de notre Cour dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, évinçait la règle de common law, la Cour d'appel a déclaré que, s'il existe un droit de publier les détails d'une procédure judiciaire avant qu'elle fasse l'objet d'une audience publique, [TRADUCTION] «cette publication ne jouit pas de l'immunité relative si elle est diffamatoire» (p. 427).

57 On the subject of general damages, the Court of Appeal examined the libellous statement, the circumstances of its publication and its effect on Casey Hill. It found that “[t]he false statements can be seen as little short of allegations of a criminal breach of trust” (p. 437), “calculated to engender in the minds of those who learned of [them] that

Sur la question des dommages-intérêts généraux, la Cour d'appel a étudié la teneur des propos diffamatoires, les circonstances de leur publication et leurs répercussions sur Casey Hill. Elle a conclu que [TRADUCTION] «[l]es propos erronés se rapprochent d'allégations d'abus de confiance criminel» (p. 437), «formulées de façon à engendrer dans

they were very serious and entirely credible" (p. 438). Accordingly, they justified a very substantial award of general damages to compensate Casey Hill for the damage to his reputation and the injury to his feelings. This, it was held, should be the result even though he had received several promotions and appointments by the time of trial.

With respect to aggravated damages, the Court of Appeal examined the circumstances existing prior to, at the time of and following the publication of the libel. It concluded that the jury was entitled to find that its award for general damages was not large enough to provide adequate solatium to Casey Hill for the aggravation of his injury which was caused by Scientology's malicious libel and reprehensible conduct.

The court then turned its attention to the issue of punitive damages and concluded as follows at p. 459:

What the circumstances of this case demonstrated beyond peradventure to the jury was that Scientology was engaged in an unceasing and apparently unstoppable campaign to destroy Casey Hill and his reputation. It must have been apparent to the jury that a very substantial penalty was required because Scientology had not been deterred from its course of conduct by a previous judicial determination that its allegations were unfounded nor by its own knowledge that its principal allegation [that the sealed documents had been opened] was false.

The court also observed that it would not interfere with the award of punitive damages on the ground that Scientology persisted in its attack on Casey Hill's reputation even after the jury's verdict.

On the question of pre-judgment interest, the court concluded that since the appellants had accommodated counsel for Casey Hill in order to permit him to participate in a Royal Commission, it would be unfair to charge them with pre-judgment interest for this period. Also, in considering whether Morris Manning should bear an equal portion of the costs of the trial with Scientology, the

l'esprit de ceux qui les entendent l'impression qu'elles sont très graves et très crédibles» (p. 438). Ils justifiaient donc des dommages-intérêts généraux très élevés afin d'indemniser Casey Hill du tort causé à sa réputation et de la blessure infligée à son amour-propre. Et ceci, la cour a-t-elle conclu, en dépit du fait qu'il ait reçu différentes promotions et nominations avant que le procès commence.

Quant aux dommages-intérêts majorés, la Cour d'appel a examiné les circonstances avant, pendant et après la publication du libelle. Selon elle, le jury était justifié de conclure que les dommages-intérêts généraux ne constituaient pas une réparation morale suffisante quant à l'aggravation du tort causé à Casey Hill par le libelle malveillant de Scientology et sa conduite répréhensible.

La cour a ensuite tranché la question des dommages-intérêts punitifs, à la p. 459:

[TRADUCTION] Les circonstances ont révélé clairement au jury que Scientology avait lancé une campagne incessante et apparemment irrépressible pour détruire Casey Hill et sa réputation. Il a dû être apparent au jury qu'une pénalité sévère s'imposait puisque, Scientology n'a pas mis un terme à sa conduite alors que ses allégations avaient été jugées non fondées par une décision judiciaire antérieure et qu'elle savait que sa principale allégation [que les documents scellés avaient été ouverts] était fausse.

La cour a également mentionné qu'elle ne modifierait pas le montant des dommages-intérêts punitifs puisque Scientology avait persisté à attaquer la réputation de Casey Hill même après le verdict du jury.

Quant à la question de l'intérêt avant jugement, la cour a conclu que, puisque les appelants avaient permis que l'avocat de Casey Hill puisse participer à une Commission royale, il serait injuste de leur réclamer l'intérêt avant jugement couru pendant la période en cause. De même, pour ce qui est de savoir si Morris Manning devait assumer avec Scientology une part égale des frais du procès, la

58

59

60

61

court pointed out that much of the trial was devoted to the plea of justification pursued by Scientology alone. Furthermore, the majority of the damages were awarded against Scientology. Therefore, the court concluded that the trial costs should be apportioned, with Morris Manning paying only 30 percent of the assessed costs and Scientology the balance. However, it added that the parties should remain jointly and severally liable for all costs with each having a claim over against the other for any amount paid beyond their apportioned liability.

III. Analysis

62 Two major issues are raised in this appeal. The first concerns the constitutionality of the common law action for defamation. The second relates to the damages that can properly be assessed in such actions.

63 Let us first review the appellants' submissions pertaining to defamation actions. The appellants contend that the common law of defamation has failed to keep step with the evolution of Canadian society. They argue that the guiding principles upon which defamation is based place too much emphasis on the need to protect the reputation of plaintiffs at the expense of the freedom of expression of defendants. This, they say, is an unwarranted restriction which is imposed in a manner that cannot be justified in a free and democratic society. The appellants add that if the element of government action in the present case is insufficient to attract *Charter* scrutiny under s. 32, the principles of the common law ought, nevertheless, to be interpreted, even in a purely private action, in a manner consistent with the *Charter*. This, the appellants say, can only be achieved by the adoption of the "actual malice" standard of liability articulated by the Supreme Court of the United States in the case of *New York Times v. Sullivan*, *supra*.

64 In addition, the appellant Morris Manning submits that the common law should be interpreted so as to afford the defence of qualified privilege to a lawyer who, acting on behalf of a client, reads and

cour a souligné que la plus grande partie du procès avait été consacrée à la défense de justification avancée par Scientology seule. En outre, la plus grande partie des dommages-intérêts a été adjugée contre Scientology. Par conséquent, la cour a conclu au partage des frais du procès, Morris Manning n'étant tenu de payer que 30 pour 100 des frais fixés et Scientology, le reste. Elle a toutefois ajouté que les parties demeureraient solidairement responsables de la totalité des frais, chacune jouissant d'une réclamation contre l'autre pour tout montant versé au-delà de sa propre responsabilité.

III. Analyse

Le pourvoi soulève deux questions centrales. La première est la constitutionnalité de l'action en diffamation en common law et la seconde, l'adjudication de dommages-intérêts dans ce type d'action.

Examinons d'abord les prétentions des appelants quant à l'action en diffamation. Ils font valoir que la common law en matière de diffamation n'a pas réussi à suivre l'évolution de la société canadienne. Ils soutiennent que les principes directeurs sur lesquels la diffamation est fondée attachent une trop grande importance à la nécessité de protéger la réputation des demandeurs au dépens de la liberté d'expression des défendeurs. Il s'agit là, selon eux, d'une restriction immotivée, imposée d'une manière injustifiée dans une société libre et démocratique. Les appelants ajoutent que, si l'élément de l'action gouvernementale dans la présente affaire est insuffisant pour déclencher l'application de l'analyse fondée sur la *Charte* sous le régime de l'art. 32, les principes de common law doivent néanmoins être interprétés, même dans une action purement privée, d'une manière conforme à la *Charte*. Et cela ne peut être accompli, selon les appelants, que si l'on adopte la norme de responsabilité de la «malveillance véritable», énoncée par la Cour suprême des États-Unis dans *New York Times c. Sullivan*, précité.

L'appellant Morris Manning soutient en outre qu'il y a lieu d'interpréter la common law de façon à ce que jouisse de la défense d'immunité relative tout avocat qui, agissant pour le compte de son

comments in public upon a notice of motion which he believes, in good faith, has been filed in court, and which subsequently is filed. Let us consider first whether the *Charter* is directly applicable to this case.

(A) *Application of the Charter*

The appellants have not challenged the constitutionality of any of the provisions of the *Libel and Slander Act*, R.S.O. 1990, c. L.12. The question, then, is whether the common law of defamation can be subject to *Charter* scrutiny. The appellants submit that by reason of his position as a government employee, Casey Hill's action for damages constitutes "government action" within the meaning of s. 32 of the *Charter*. In the alternative, the appellants submit that, pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, the common law must be interpreted in light of *Charter* values. I will address the s. 32 argument first.

(1) Section 32: Government Action

Section 32(1) reads:

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

In *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, McIntyre J., with regard to the application of the *Charter* to the common law, stated at pp. 598-99:

It is my view that s. 32 of the *Charter* specifies the actors to whom the *Charter* will apply. They are the legislative, executive and administrative branches of government. It will apply to those branches of government whether or not their action is invoked in public or private litigation. . . . It will apply to the common law, however, only in so far as the common law is the basis of some governmental action which, it is alleged, infringes a guaranteed right or freedom. [Emphasis added.]

client, lit et commente en public un avis de requête qu'il croit, de bonne foi, être déposé devant le tribunal, et qui est déposé par la suite. Voyons d'abord si la *Charte* s'applique directement en l'espèce.

(A) *L'application de la Charte*

Les appelants n'attaquent pas la constitutionnalité d'une disposition de la *Loi sur la diffamation*, L.R.O. 1990, ch. L.12. La question, donc, est de savoir si la common law de la diffamation peut faire l'objet d'un examen sous le régime de la *Charte*. Les appelants font valoir que, puisque Casey Hill est un employé du gouvernement, son action en dommages-intérêts est une «action gouvernementale» au sens de l'art. 32 de la *Charte*. Subsidiairement, les appelants soutiennent que, conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la common law doit être interprétée en fonction des valeurs véhiculées par la *Charte*. J'examinerai d'abord l'argument relatif à l'art. 32.

(1) Article 32: l'action gouvernementale

Le paragraphe 32(1) dit:

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Dans *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, aux pp. 598 et 599, le juge McIntyre dit ceci de l'application de la *Charte* à la common law:

J'estime donc que l'art. 32 de la *Charte* mentionne de façon précise les acteurs auxquels s'applique la *Charte*. Il s'agit des branches législative, exécutive et administrative. Elle leur est applicable peu importe que leurs actes soient en cause dans des litiges publics ou privés. [. . .] Cependant, elle ne s'applique à la common law que dans la mesure où la common law constitue le fondement d'une action gouvernementale qui, allègue-t-on, porte atteinte à une liberté ou à un droit garantis. [Je souligne.]

65

66

67

68 La Forest J., writing for the majority in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, stressed the importance of this limitation on the application of the *Charter* to the actions of government. He said this at p. 262:

The exclusion of private activity from the *Charter* was not a result of happenstance. It was a deliberate choice which must be respected. We do not really know why this approach was taken, but several reasons suggest themselves. Historically, bills of rights, of which that of the United States is the great constitutional exemplar, have been directed at government. Government is the body that can enact and enforce rules and authoritatively impinge on individual freedom. Only government requires to be constitutionally shackled to preserve the rights of the individual.

69 La Forest J. warned that subjecting all private and public action to constitutional review would mean reopening whole areas of settled law and would be “tantamount to setting up an alternative tort system” (p. 263). He expressed the very sage warning that this “could strangle the operation of society” (p. 262). See also McLellan and Elman, “To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32” (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361, at p. 367, cited in *Dolphin Delivery Ltd.*, *supra*, at p. 597.

70 The appellants argue that at all material times Casey Hill was an agent of the Crown, acting on behalf of the Attorney General of Ontario, and that the defamatory statements which are the subject of the present action were made in relation to acts undertaken by him in that capacity. They further submit that Casey Hill commenced these legal proceedings at the direction and with the financial support of the Attorney General in order to vindicate the damage to the reputation of the Ministry resulting from criticism levelled at the conduct of one of its officials. It is, therefore, contended that this action represents an effort by a government department to use the action of defamation to restrict and infringe the freedom of expression of the appellants in a manner that is contrary to the *Charter*.

Au nom de la majorité, le juge La Forest a souligné, dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, l'importance de restreindre ainsi l'application de la *Charte* aux actions gouvernementales, disant ceci à la p. 262:

L'exclusion des activités privées de l'application de la *Charte* n'est pas le fruit du hasard. C'est un choix délibéré qu'il faut respecter. Nous ne savons pas vraiment pourquoi ce point de vue a été retenu, mais plusieurs raisons semblent s'imposer. Historiquement, les déclarations des droits, dont celle des États-Unis constitue l'exemple constitutionnel par excellence, visaient le gouvernement. C'est le gouvernement qui peut adopter et appliquer des règles et qui peut porter atteinte péremptoirement à la liberté individuelle. Seul le gouvernement a besoin de se voir imposer des contraintes dans la Constitution afin de préserver les droits des particuliers.

Le juge La Forest a souligné que soumettre toute action privée et publique à un examen constitutionnel entraînerait la reconsidération de domaines entiers où le droit est bien établi, et «reviendrait à instituer un régime subsidiaire de responsabilité civile» (p. 263). Fort judicieusement, il a prévenu que cela «pourrait paralyser le fonctionnement de la société» (p. 262). Voir également McLellan et Elman, «To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32» (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361, à la p. 367, cité dans *Dolphin Delivery Ltd.*, précité, à la p. 597.

Les appelants font valoir qu'à toutes les époques concernées, Casey Hill était un mandataire du ministère public agissant pour le compte du procureur général de l'Ontario, et que les propos diffamatoires en question ont été tenus relativement à des actes qu'il a accomplis en cette qualité. Ils soutiennent en outre que Casey Hill a introduit cette procédure judiciaire à la demande et avec l'appui financier du procureur général pour réparer le tort qu'ont causé à la réputation du ministère les critiques dirigées contre le comportement de l'un de ses représentants. Ils soutiennent donc que le gouvernement tente, par l'entremise de l'action en diffamation, de restreindre et de violer la liberté d'expression des appelants d'une manière qui est contraire à la *Charte*.

These submissions cannot be accepted. They have no legal, evidentiary or logical basis of support. Casey Hill's constitutional status for the purpose of the application of the *Charter* should not be determined by the nature of the allegations made against him. Rather, the determination of whether state involvement existed is dependent upon the circumstances surrounding the institution of the libel proceedings.

The fact that persons are employed by the government does not mean that their reputation is automatically divided into two parts, one related to their personal life and the other to their employment status. To accept the appellants' position would mean that identical defamatory comments would be subject to two different laws, one applicable to government employees, the other to the rest of society. Government employment cannot be a basis for such a distinction. Reputation is an integral and fundamentally important aspect of every individual. It exists for everyone quite apart from employment.

In order to establish the requisite government action for *Charter* scrutiny, the appellants argue that it is easy to distinguish between a janitor working in a government building who is simply an employee and a Crown Attorney who is an agent of the state. It is said that when a person who is clearly an agent of the state acts, he or she is acting for or on behalf of the state. I cannot accept this proposition. There are a significant number of public servants who represent the Crown in any number of ways. While it might be easy to differentiate between the extreme examples set forth by the appellants, the grey area between those extremes is too extensive and the functions of the officials too varied to draw any effective line of distinction. The experience in the United States following the decision in *New York Times v. Sullivan*, *supra*, is instructive in this regard. That case modified the common law in relation to defamation suits brought by public officials and touched off an intense debate with respect to who might be designated as a public official or figure rather than a private person. See, for example, G. C. Christie, "Injury to Reputation and the Constitution: Confu-

Ces prétentions ne sauraient être retenues. Elles sont dénuées de tout fondement, que ce soit en droit, dans la preuve ou sur le plan de la logique. Le statut constitutionnel de Casey Hill aux fins de l'application de la *Charte* ne saurait être déterminé selon la nature des allégations le visant. La réponse à la question de savoir s'il y a eu participation du gouvernement est plutôt tributaire des circonstances entourant le dépôt de l'action en libelle.

Le fait pour une personne de travailler pour le gouvernement ne signifie pas que sa réputation se divise automatiquement en deux moitiés, l'une reliée à sa vie privée et l'autre à son emploi. Faire droit à la prétention des appelants signifierait que des propos diffamatoires identiques seraient assujettis à deux régimes de droit différents, l'un s'appliquant aux employés du gouvernement et l'autre au reste de la population. L'emploi au sein du gouvernement ne peut fonder une telle distinction. La réputation est un aspect intégral et fondamentalement important de tout individu. Elle vaut pour tous, peu importe l'emploi occupé.

À l'appui de leur prétention qu'il y a action gouvernementale justifiant un examen fondé sur la *Charte*, les appelants soutiennent qu'on peut aisément établir une distinction entre le concierge qui travaille dans un immeuble du gouvernement, et qui est un simple employé, et le substitut du procureur général qui est mandataire de l'État. Les appelants soutiennent que, lorsqu'une personne qui est clairement un mandataire de l'État agit, elle agit pour le compte de l'État. Je ne puis accepter cette proposition. Nombre de fonctionnaires représentent l'État de différentes façons. S'il peut être facile de cerner la différence entre les deux situations énoncées par les appelants, la zone grise qui sépare ces deux extrêmes est trop importante et les fonctions des représentants trop variées pour établir une ligne de démarcation adéquate. Les événements qui, aux États-Unis, ont suivi l'arrêt *New York Times c. Sullivan*, précité, sont intéressants à cet égard. Cette affaire a modifié la common law en matière d'actions en diffamation intentées par les représentants officiels, et a lancé au sein des tribunaux et dans la doctrine un vif débat quant à savoir qui peut être considéré comme personnalité

71

72

73

sion Amid Conflicting Approaches” (1976), 75 *Mich. L. Rev.* 43.

ou représentant public ou personne privée. Voir par exemple G. C. Christie, «Injury to Reputation and the Constitution: Confusion Amid Conflicting Approaches» (1976), 75 *Mich. L. Rev.* 43.

74 There is no doubt that Crown Attorneys exercise statutory powers as agents of the government. See *Ministry of the Attorney General Act*, R.S.O. 1990, c. M.17; *Crown Attorneys Act*, R.S.O. 1990, c. C.49; and the *Criminal Code*, s. 504. Therefore, as McIntyre J. pointed out in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, at p. 209, they benefit from the protection of any immunity which attaches to their office. However, they may become personally liable when they exceed their statutory powers. By extension, actions taken by Crown Attorneys which are outside the scope of their statutory duties are independent of and distinct from their status as agents for the government. Such was the case here.

Il est certain qu'à titre de mandataires du gouvernement, les substituts du procureur général exercent des pouvoirs qui leur sont conférés par la loi. Voir la *Loi sur le ministère du Procureur général*, L.R.O. 1990, ch. M.17; la *Loi sur les procureurs de la Couronne*, L.R.O. 1990, ch. C.49; et le *Code criminel*, art. 504. Par ailleurs, comme le juge McIntyre l'a souligné dans *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, à la p. 209, ils jouissent de la protection de toute immunité dont est assortie leur charge. Ils peuvent cependant devenir personnellement responsables s'ils outrepassent les pouvoirs que leur confère la loi. Par extension, les actes des substituts du procureur général qui excèdent le cadre de leurs fonctions d'origine législative sont indépendants et distincts de leur qualité de mandataires du gouvernement. Tel était le cas en l'espèce.

75 The appellants impugned the character, competence and integrity of Casey Hill, himself, and not that of the government. He, in turn, responded by instituting legal proceedings in his own capacity. There was no evidence that the Ministry of the Attorney General or the Government of Ontario required or even requested him to do so. Neither is there any indication that the Ministry controlled the conduct of the litigation in any way. See *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at pp. 311-14. Further, the fact that Casey Hill's suit may have been funded by the Ministry of the Attorney General does not alter his constitutional status or cloak his personal action in the mantle of government action. See *McKinney*, *supra*, at p. 269.

Les appelants ont attaqué la moralité, la compétence et l'intégrité de Casey Hill, et non ceux du gouvernement. À son tour, il a répliqué en instituant une procédure judiciaire de son propre chef. Aucune preuve n'indique que le ministère du Procureur général ou le gouvernement de l'Ontario ont exigé ou même demandé qu'il le fasse, ni que le ministère veillait de quelque façon au déroulement du litige. Voir *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, aux pp. 311 à 314. Par ailleurs, le fait que l'action intentée par Casey Hill puisse avoir été financée par le ministère du Procureur général ne change rien à son statut constitutionnel, ni ne revêt son action personnelle du statut d'action gouvernementale. Voir *McKinney*, précité, à la p. 269.

76 The private nature of these proceedings is apparent, as well, from the respondent's statement of claim, and particularly from the allegation contained in para. 19 that the defamatory statements:

On peut également reconnaître la nature privée de la procédure dans la déclaration de l'intimé, particulièrement dans l'allégation contenue au par. 19, portant que les propos diffamatoires:

... constituting as they do statements of the most serious professional misconduct by the Plaintiff, have dam-

[TRADUCTION] ... accusant le demandeur de la plus grave inconduite professionnelle, ont causé un tort à sa

aged his professional reputation and brought him into public scandal, odium and contempt, by reason of which the Plaintiff has suffered damage.

The position taken by the appellants at trial is also revealing. Scientology argued that Casey Hill was proceeding with the litigation to advance his “secondary private interest”, that he was trying to “get back at [Scientology] for prosecuting him for contempt”, and that the libel action amounted to “a risk-free opportunity . . . to pick up some easy money”.

The personal nature of the libel action is also evident in the cross-examination of Casey Hill concerning his work with the OPP. At that time, counsel for Scientology stated that the libel action had nothing “to do with damages suffered by Mr. Hill. It’s part of an attack motivated by the attitude towards the Church of Scientology, motivated by the fact that as a result of the contempt prosecution he is removed from prosecuting”.

In my opinion, the appellants have not satisfied the government action requirement described in s. 32. Therefore, the *Charter* cannot be applied directly to scrutinize the common law of defamation in the circumstances of this case.

Even if there were sufficient government action to bring this case within s. 32, the appellants failed to provide any evidentiary basis upon which to adjudicate their constitutional attack. This Court has stated on a number of occasions that it will not determine alleged *Charter* violations in the absence of a proper evidentiary record. See, for example, *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357. In light of the conclusion that the government action requirement of s. 32 has not been met, I need not address this issue. Yet, I feel a brief comment is necessary because of the light it sheds on the manner in which the appellants have conducted themselves in this litigation.

The action was commenced in December 1984. By the fall of 1985, the appellants were made

réputation professionnelle et ont entraîné un scandale, une humiliation et un outrage publics qui lui ont causé un préjudice.

L’argumentation des appelants au procès est également révélatrice. Scientology a fait valoir que Casey Hill avait engagé la procédure dans le but de promouvoir [TRADUCTION] «ses intérêts privés secondaires», qu’il tentait de «se venger de [Scientologie] parce qu’elle l’avait poursuivi pour outrage», et que l’action pour libelle équivalait à une «chance assurée [. . .] de se faire de l’argent facilement».

La nature personnelle de l’action en libelle ressort également du contre-interrogatoire de Casey Hill sur son travail avec la PPO. À cette époque, l’avocat de Scientology a déclaré que l’action en libelle n’avait rien [TRADUCTION] «à voir avec le tort subi par M. Hill. Elle s’inscrit dans le cadre d’une attaque motivée par l’attitude adoptée envers l’Église de scientologie, et par le fait que l’action pour outrage a eu pour effet de l’empêcher d’agir dans une poursuite».

À mon avis, les appelants n’ont pas établi l’existence de l’action gouvernementale définie à l’art. 32. On ne peut donc recourir directement à la *Charte* en l’espèce pour examiner la common law de la diffamation.

Même s’il y avait eu action gouvernementale suffisante pour entraîner l’application de l’art. 32, les appelants n’ont pas fourni un fondement de preuve qui permettrait de résoudre leur contestation constitutionnelle. En effet, notre Cour a déclaré à de nombreuses reprises qu’elle ne se prononcerait pas sur des allégations de violation de la *Charte* en l’absence d’une preuve suffisante. Voir par exemple *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357. Étant donné qu’il n’a pas été satisfait à l’exigence relative à l’action gouvernementale définie à l’art. 32, je ne traiterai pas de cette question. J’estime tout de même qu’il est nécessaire d’ajouter un bref commentaire en raison de la lumière qu’il jette sur le comportement des appelants dans le litige.

L’action a été intentée en décembre 1984. À l’automne 1985, les appelants avaient été avisés de

77

78

79

80

81

aware of the requirement to adduce constitutional evidence. In dismissing the appellants' pre-trial motion with respect to the constitutional issues, O'Driscoll J. clearly indicated that the constitutional questions must be decided upon evidence adduced at trial. The date for trial was fixed in January 1991 and confirmed in June. On September 4, 1991, two days into the proceedings, counsel for Scientology sought to adjourn the trial on the grounds that there was "a possibility of . . . seeking to call expert evidence in regard to the freedom of speech issue in this trial". Counsel conceded that he had not prepared or delivered any reports of experts in respect to this issue, and indeed, that he had not yet even consulted with experts. He simply wanted the adjournment in order to "explore that area". The request for adjournment was very properly dismissed.

leur obligation de produire une preuve à caractère constitutionnel. En rejetant la requête préalable au procès des appelants relativement aux questions constitutionnelles, le juge O'Driscoll a clairement indiqué que les questions constitutionnelles devaient être tranchées sur le fondement de la preuve produite au procès. La date du procès a été fixée en janvier 1991, puis confirmée en juin. Le 4 septembre 1991, deux jours après l'ouverture du procès, l'avocat de Scientology en a demandé l'ajournement pour le motif qu'il [TRADUCTION] «envisage[ait] d'appeler un expert à témoigner relativement à la question de la liberté d'expression dans le cadre du procès». L'avocat a admis ne pas avoir rédigé ou remis de rapports d'experts sur cette question ni, en fait, avoir même consulté des experts. Il souhaitait simplement un ajournement afin d'«étudier cette question». Sa demande, à très juste titre, a été rejetée.

82

There is no government action involved in this defamation suit. It now must be determined whether a change or modification in the law of defamation is required to make it comply with the underlying values upon which the *Charter* is founded.

Il n'y a aucune action gouvernementale dans cette action en diffamation. Il faut maintenant déterminer s'il y a lieu de changer ou de modifier le droit de la diffamation pour le rendre conforme aux valeurs qui sous-tendent la *Charte*.

(2) Section 52: Charter Values and the Common Law

(a) *Interpreting the Common Law in Light of the Values Underlying the Charter*

(i) Review of the Decisions Dealing With the Issue

(2) Article 52: les valeurs de la Charte et la common law

a) *L'interprétation de la common law à la lumière des valeurs de la Charte*

(i) L'examen des décisions portant sur la question

83

This Court first considered the application of the *Charter* to the common law in *Dolphin Delivery, supra*. In that case, the issue was whether an injunction to restrain secondary picketing violated the *Charter* freedom of expression. It was held that, pursuant to s. 32(1) of the *Charter*, a cause of action could only be based upon the *Charter* when particular government action was impugned. Therefore, the constitutionality of the common law could be scrutinized in those situations where a case involved government action which was authorized or justified on the basis of a common law rule which allegedly infringed a *Charter* right.

Notre Cour a examiné pour la première fois l'application de la *Charte* à la common law dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité. Dans cette affaire, la question était de savoir si une injonction interdisant le piquetage secondaire violait la liberté d'expression garantie par la *Charte*. Notre Cour a conclu que, conformément au par. 32(1) de la *Charte*, la cause d'action ne pouvait être fondée sur la *Charte* que lorsqu'une action gouvernementale donnée était attaquée. Il était par conséquent possible d'examiner la constitutionnalité de la common law lorsqu'était en cause une action gouvernementale autorisée ou justifiée par une règle

However, *Dolphin Delivery*, *supra*, also held that the common law could be subjected to *Charter* scrutiny in the absence of government action. McIntyre J. wrote, at pp. 592-93, that, in light of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, “there can be no doubt” that the *Charter*, applies to the common law:

The English text provides that “any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect”. If this language is not broad enough to include the common law, it should be observed as well that the French text adds strong support to this conclusion in its employment of the words “*elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de tout autre règle de droit*”. . . . To adopt a construction of s. 52(1) which would exclude from *Charter* application the whole body of the common law which in great part governs the rights and obligations of the individuals in society, would be wholly unrealistic and contrary to the clear language employed in s. 52(1) of the Act. [Emphasis in *Dolphin Delivery*.]

In emphasizing that the common law should develop in a manner consistent with *Charter*-principles, a distinction was drawn between private litigants founding a cause of action on the *Charter* and judges exercising their inherent jurisdiction to develop the common law. At page 603 this was written:

Where, however, private party “A” sues private party “B” relying on the common law and where no act of government is relied upon to support the action, the *Charter* will not apply. I should make it clear, however, that this is a distinct issue from the question whether the judiciary ought to apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution. The answer to this question must be in the affirmative. In this sense, then, the *Charter* is far from irrelevant to private litigants whose disputes fall to be decided at common law. But this is different from the proposition that one private party owes a constitutional duty to another, which proposition underlies the purported assertion of *Charter* causes of action or *Charter* defences between individuals. [Emphasis added.]

de common law dont on alléguait qu’elle portait atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Toutefois, cet arrêt conclut aussi que la common law peut être soumise à un examen fondé sur la *Charte* même en l’absence d’action gouvernementale. Le juge McIntyre dit aux pp. 592 et 593 que, compte tenu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, «il n’y a pas de doute» que la *Charte* s’applique à la common law:

Le texte anglais de la disposition se lit ainsi: «*any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect*». À supposer que ces termes ne soient pas assez généraux pour inclure la *common law*, on devrait faire observer également que le texte français vient appuyer davantage cette conclusion en ce qu’il utilise les mots «*elle rend inopérantes les dispositions de toute autre règle de droit*». [. . .] Adopter une interprétation du par. 52(1) qui soustrairait à l’application de la *Charte* l’ensemble de la *common law* qui régit dans une large mesure les droits et les obligations des individus dans la société, serait totalement irréaliste et contraire aux termes clairs utilisés dans ce paragraphe. [Souligné dans *Dolphin Delivery*.]

Tout en soulignant que la common law devrait évoluer de manière compatible avec les principes de la *Charte*, il a établi une distinction entre les particuliers qui fondent une cause d’action sur la *Charte* et les juges qui exercent leur compétence inhérente en vue de l’élaboration de la common law. À la p. 603, il a écrit:

Toutefois, lorsque «A», une partie privée, actionne «B», une partie privée, en s’appuyant sur la *common law* et qu’aucun acte du gouvernement n’est invoqué à l’appui de la poursuite, la *Charte* ne s’appliquera pas. Je dois toutefois dire clairement que c’est une question différente de celle de savoir si le judiciaire devrait expliquer et développer des principes de *common law* d’une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution. La réponse à cette question doit être affirmative. En ce sens, donc, la *Charte* est loin d’être sans portée pour les parties privées dont les litiges relèvent de la *common law*. Mais ceci est différent de la proposition qu’une partie privée a envers une autre une obligation constitutionnelle, proposition qui sous-tend la prétendue affirmation de causes d’action en vertu de la *Charte* ou de défenses entre particuliers en vertu de la *Charte*. [Je souligne.]

84

Since 1986, this Court has subjected the common law to *Charter* scrutiny in a number of situations where government action was based upon a common law rule: *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; and *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. However, *Dolphin Delivery*, *supra*, remains the only case which has closely examined the application of the *Charter* in the context of purely private litigation. Nevertheless, it is helpful to review the different approaches which have been suggested in those cases in order to better appreciate which principles should properly apply in cases of private litigation.

85

In *R. v. Salituro*, *supra*, the Crown called the accused's estranged wife as a witness. The common law rule prohibiting spouses from testifying against each other was found to be inconsistent with developing social values and with the values enshrined in the *Charter*. At page 670, Iacobucci J., writing for the Court, held:

Judges can and should adapt the common law to reflect the changing social, moral and economic fabric of the country. Judges should not be quick to perpetuate rules whose social foundation has long since disappeared. Nonetheless, there are significant constraints on the power of the judiciary to change the law. As McLachlin J. indicated in *Watkins*, *supra*, in a constitutional democracy such as ours it is the legislature and not the courts which has the major responsibility for law reform; and for any changes to the law which may have complex ramifications, however necessary or desirable such changes may be, they should be left to the legislature. The judiciary should confine itself to those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society.

Further, at p. 675 this Court held:

Where the principles underlying a common law rule are out of step with the values enshrined in the *Charter*, the courts should scrutinize the rule closely. If it is possible to change the common law rule so as to make it consistent with *Charter* values, without upsetting the proper balance between judicial and legislative action that I have referred to above, then the rule ought to be changed.

Depuis 1986, notre Cour a soumis la common law à un examen fondé sur la *Charte* dans plusieurs cas où l'action gouvernementale reposait sur une règle de common law: *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; et *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. Toutefois, *Dolphin Delivery*, précité, demeure le seul arrêt où a été soigneusement analysée l'application de la *Charte* dans le contexte d'un litige purement privé. Il est néanmoins utile de revoir les différentes positions qui ont été avancées dans ces affaires afin de mieux déterminer les principes applicables dans le contexte de litiges privés.

Dans *R. c. Salituro*, précité, le ministère public a appelé à témoigner l'épouse de l'accusé, dont il vivait séparé. La règle de common law qui rend les conjoints inhabiles à témoigner a été jugée incompatible avec l'évolution des valeurs sociales et avec les valeurs consacrées dans la *Charte*. Le juge Iacobucci, pour la Cour, a conclu à la p. 670:

Les juges peuvent et doivent adapter la common law aux changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays. Ils ne doivent pas s'empêcher de perpétuer des règles dont le fondement social a depuis longtemps disparu. D'importantes contraintes pèsent cependant sur le pouvoir des tribunaux de changer le droit. Comme le juge McLachlin l'a souligné dans l'arrêt *Watkins*, précité, en régime de démocratie constitutionnelle comme le nôtre, c'est le législateur et non les tribunaux qui assume, quant à la réforme du droit, la responsabilité principale; et tout changement qui risquerait d'entraîner des conséquences complexes devrait, aussi nécessaire ou souhaitable soit-il, être laissé au législateur. Le pouvoir judiciaire doit limiter son intervention aux changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l'évolution et le dynamisme de la société.

Notre Cour a en outre conclu ceci à la p. 675:

Lorsque les principes sous-tendant une règle de common law ne sont pas conformes aux valeurs consacrées dans la *Charte*, les tribunaux devraient examiner soigneusement cette règle. S'il est possible de la modifier de manière à la rendre compatible avec les valeurs de la *Charte*, sans perturber le juste équilibre entre l'action judiciaire et l'action législative dont il a été question précédemment, elle doit être modifiée.

Unlike the present appeal and the decisions of this Court in *B.C.G.E.U., Swain*, and *Dagenais*, the common law rule in *Salituro* was not alleged to infringe a specific *Charter* right. Rather, it was alleged to be inconsistent with those fundamental values that provide the foundation for the *Charter*. Although the Court in *Salituro* considered whether Parliament had, through the *Evidence Act*, intended to preserve the common law rule, it did not undertake an analysis similar to that which would be required under s. 1 to determine if the *Charter* breach was justifiable. Rather, it proceeded to balance, in a broad and flexible manner, the conflicting values. The reasons examined the origins of the impugned common law rule and the justifications which had been raised for upholding it. These concerns were weighed against the *Charter's* recognition of the equality of women and, more specifically, against the concept of human dignity which inspires the *Charter*. It was held that the values which were set out in the common law rule did not represent the values of today's society which are reflected in the provisions of the *Charter*.

In *B.C.G.E.U., supra*, McEachern C.J.B.C. on his own motion issued an injunction against a union picketing in front of the courthouse: [1983] 6 W.W.R. 640. It was held that the common law rule giving rise to the picketing injunction breached s. 2(b). The breach was then found to be justified following a traditional s. 1 analysis.

Subsequently, in *R. v. Swain, supra*, Lamer C.J. observed that the s. 1 analysis, which has evolved since *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, may not always provide the appropriate framework by which to evaluate the justifications for maintaining a common law rule. In *R. v. Swain*, the Crown raised the insanity defence, over objections by the accused, on the basis of the common law rule which authorized such a procedure. That rule was found to violate s. 7 of the *Charter*. At pages 978-79, Lamer C.J. held:

Contrairement au présent pourvoi et aux arrêts de notre Cour dans *B.C.G.E.U., Swain* et *Dagenais*, on ne prétendait pas, dans l'arrêt *Salituro*, qu'une règle de common law portait atteinte à un droit garanti par la *Charte*. On alléguait en fait son incompatibilité avec les valeurs fondamentales de la *Charte*. Bien que la Cour, dans l'arrêt *Salituro*, ait tenté de déterminer si, par l'entremise de la *Loi sur la preuve*, le législateur avait voulu préserver la règle de common law, elle n'a pas entrepris une analyse semblable à celle qui serait requise sous le régime de l'article premier pour déterminer si la violation de la *Charte* pouvait se justifier. Elle a plutôt tenté de pondérer, de façon générale et souple, les valeurs en conflit. Dans ses motifs, la Cour a passé en revue les origines de la règle de common law contestée et les justifications avancées en faveur de son maintien. Ces facteurs ont été soupesés en regard du fait que la *Charte* consacre l'égalité des femmes et, plus particulièrement, en regard du concept de la dignité humaine qui inspire la *Charte*. Notre Cour a statué que les valeurs que reflétait la règle de common law n'étaient pas celles de la société contemporaine, lesquelles sont consacrées dans les dispositions de la *Charte*.

Dans *B.C.G.E.U.*, précité, le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique avait, de son propre chef, prononcé une injonction interdisant à un syndicat de faire du piquetage devant le palais de justice: [1983] 6 W.W.R. 640. La règle de common law qui avait permis d'interdire ainsi le piquetage a été jugée contraire à l'al. 2b). Après une analyse traditionnelle sous le régime de l'article premier, la violation a alors été jugée justifiée.

Par la suite, dans *R. c. Swain*, précité, le juge en chef Lamer a fait remarquer que l'analyse selon l'article premier, qui a évolué depuis l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, n'offre pas toujours le cadre indiqué pour évaluer les raisons du maintien d'une règle de common law. Dans *R. c. Swain*, le ministère public invoquait la défense d'aliénation mentale, malgré les objections de l'accusé, sur le fondement de la règle de common law qui autorise une telle procédure. Cette règle a été jugée contraire à l'art. 7 de la *Charte*. Aux pages 978 et 979, le juge en chef Lamer a écrit:

Before turning to s. 1, however, I wish to point out that because this appeal involves a *Charter* challenge to a common law, judge-made rule, the *Charter* analysis involves somewhat different considerations than would apply to a challenge to a legislative provision. For example, having found that the existing common law rule limits an accused's rights under s. 7 of the *Charter*, it may not be strictly necessary to go on to consider the application of s. 1. Having come to the conclusion that the common law rule enunciated by the Ontario Court of Appeal limits an accused's right to liberty in a manner which does not accord with the principles of fundamental justice, it could, in my view, be appropriate to consider at this stage whether an alternative common law rule could be fashioned which would not be contrary to the principles of fundamental justice.

If a new common law rule could be enunciated which would not interfere with an accused person's right to have control over the conduct of his or her defence, I can see no conceptual problem with the Court's simply enunciating such a rule to take the place of the old rule, without considering whether the old rule could nonetheless be upheld under s. 1 of the *Charter*. Given that the common law rule was fashioned by judges and not by Parliament or a legislature, judicial deference to elected bodies is not an issue. If it is possible to reformulate a common law rule so that it will not conflict with the principles of fundamental justice, such a reformulation should be undertaken. Of course, if it were not possible to reformulate the common law rule so as to avoid an infringement of a constitutionally protected right or freedom, it would be necessary for the Court to consider whether the common law rule could be upheld as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

Nevertheless, in *R. v. Swain*, the formal s. 1 analysis was undertaken since *Oakes, supra*, provided a familiar structure for analysis; the constitutional questions were stated with s. 1 in mind and the Court had the benefit of extensive argument on s. 1.

Avant de passer à l'article premier, j'aimerais toutefois souligner que, puisque le présent pourvoi comporte une contestation fondée sur la *Charte* d'une règle de common law, formulée par les tribunaux, l'analyse de la *Charte* fait intervenir des considérations différentes de celles qui s'appliquent à la contestation d'une disposition législative. Par exemple, la cour ayant conclu que la règle de common law actuelle restreint les droits que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'accusé, il n'est peut-être pas strictement nécessaire d'examiner la pertinence de l'application de l'article premier. Après avoir conclu que la règle de common law énoncée par la Cour d'appel de l'Ontario restreint le droit à la liberté de l'accusé d'une façon non conforme aux principes de justice fondamentale, j'estime qu'il conviendrait peut-être de déterminer, à ce stade-ci, s'il est possible de formuler une autre règle de common law qui ne serait pas contraire aux principes de justice fondamentale.

S'il est possible d'énoncer une nouvelle règle de common law qui ne contrevienne pas au droit de l'accusé de contrôler la conduite de sa défense, je n'ai aucune difficulté à imaginer que la Cour puisse simplement la formuler, en remplacement de l'ancienne, sans chercher à savoir si l'ancienne règle pourrait néanmoins être maintenue en vertu de l'article premier de la *Charte*. Vu que la règle de common law a été créée par des juges et non par le législateur, l'égard que les tribunaux doivent avoir envers les organismes élus n'est pas en cause. S'il est possible de reformuler une règle de common law de façon qu'elle ne s'oppose pas aux principes de justice fondamentale, il faudrait le faire. Évidemment, s'il n'était pas possible de reformuler la règle de common law de sorte qu'il n'y ait pas violation d'une liberté ou d'un droit protégé par la Constitution, la Cour devrait alors déterminer si la règle de common law peut être maintenue parce qu'elle constitue une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Néanmoins, dans *R. c. Swain*, l'analyse formelle selon l'article premier a été faite pour le motif que l'arrêt *Oakes*, précité, proposait un cadre d'analyse familier, que les questions constitutionnelles étaient énoncées en fonction de l'article premier et que la Cour avait le bénéfice d'arguments nombreux sur l'article premier.

Enfin, dans l'arrêt *Dagenais*, précité, la SRC contestait une interdiction de publication qui l'empêchait de diffuser l'un de ses programmes. On a conclu que, lorsque la règle de common law relative aux interdictions de publication entre en con-

Finally, in *Dagenais, supra*, the CBC challenged a publication ban which prevented them from airing one of their programmes. It was held that where the common law rule on publication bans conflicted with *Charter* values, the common law

rule must be varied in such a manner as to enable the Court to consider both the objective of a publication ban and the proportionality of the ban's effect on protected *Charter* rights. Without adopting a formal s. 1 analysis, it was held that this approach "clearly reflects the substance of the *Oakes* test applicable when assessing legislation under s. 1 of the *Charter*" (p. 878).

In light of these cases, then, it remains to be determined what approach should be followed when, in the context of private litigation with no government action involved, a common law rule is alleged to be inconsistent with the *Charter*.

(ii) Approach That Should Be Followed

It is clear from *Dolphin Delivery*, *supra*, that the common law must be interpreted in a manner which is consistent with *Charter* principles. This obligation is simply a manifestation of the inherent jurisdiction of the courts to modify or extend the common law in order to comply with prevailing social conditions and values. As was said in *Salituro*, *supra*, at p. 678:

The courts are the custodians of the common law, and it is their duty to see that the common law reflects the emerging needs and values of our society.

Historically, the common law evolved as a result of the courts making those incremental changes which were necessary in order to make the law comply with current societal values. The *Charter* represents a restatement of the fundamental values which guide and shape our democratic society and our legal system. It follows that it is appropriate for the courts to make such incremental revisions to the common law as may be necessary to have it comply with the values enunciated in the *Charter*.

When determining how the *Charter* applies to the common law, it is important to distinguish between those cases in which the constitutionality of government action is challenged, and those in which there is no government action involved. It is important not to import into private litigation the

flit avec les valeurs de la *Charte*, la règle de common law doit être modifiée de manière à permettre à la Cour de considérer à la fois l'objectif d'une interdiction de publication et la proportionnalité de ses effets sur les droits garantis par la *Charte*. Sans adopter une analyse formelle selon l'article premier, la Cour a conclu que cette position « reflète nettement l'essence du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, et utilisé pour juger une disposition législative en vertu de l'article premier de la *Charte* » (p. 878).

À la lumière de ces décisions, il reste donc à déterminer quelle position adopter lorsque, dans le contexte d'un litige privé où aucune action gouvernementale n'est en cause, on allègue que la règle de common law est contraire à la *Charte*.

(ii) La position à privilégier

Il ressort clairement de l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, que la common law doit être interprétée d'une manière qui soit conforme aux principes de la *Charte*. Cette exigence illustre simplement le pouvoir inhérent qu'ont les tribunaux de modifier ou d'élargir la common law de façon à ce qu'elle respecte les conditions et valeurs sociales contemporaines. Selon l'arrêt *Salituro*, précité, à la p. 678:

Les tribunaux sont les gardiens de la common law et il leur incombe de veiller à ce qu'elle reflète l'évolution des besoins et des valeurs de notre société.

Historiquement, la common law a évolué grâce aux changements progressifs qu'y ont apportés les tribunaux afin que le droit corresponde aux valeurs sociales contemporaines. La *Charte* est une réaffirmation des valeurs fondamentales qui guident et façonnent notre société démocratique et notre régime juridique. Il convient donc que les tribunaux apportent progressivement à la common law des modifications qui permettent de la rendre compatible avec les valeurs énoncées dans la *Charte*.

Lorsqu'il s'agit de déterminer de quelle façon la *Charte* s'applique à la common law, il est important de faire la distinction entre les cas où la constitutionnalité de l'action gouvernementale est contestée, et ceux où il n'y a aucune action gouvernementale. Il y a lieu de veiller à ne pas

90

91

92

93

analysis which applies in cases involving government action.

importer dans la sphère du litige privé l'analyse que l'on effectue lorsqu'il y a action gouvernementale.

94

In *Dolphin Delivery*, *supra*, it was noted that the *Charter* sets out those specific constitutional duties which the state owes to its citizens. When government action is challenged, whether it is based on legislation or the common law, the cause of action is founded upon a *Charter* right. The claimant alleges that the state has breached its constitutional duty. The state, in turn, must justify that breach. While criminal cases present the prime example of government action, challenges to government action can also arise in civil cases. The state's obligation to uphold its constitutional duties is no less pressing in the civil sphere than in the criminal. The two cases of *B.C.G.E.U.*, *supra*, and *Dagenais*, *supra*, present a very specific type of "government action" in the civil context. In both cases, the Court was called upon to consider the operations of the Court and to determine the extent of its own jurisdiction to consider matters which were essentially public in nature. The cases did not involve strictly private litigation. Therefore, they must be approached with caution when considering what analysis should be applied in purely private civil litigation.

Dans *Dolphin Delivery*, précité, on a signalé que la *Charte* prescrit les obligations constitutionnelles précises auxquelles l'État est tenu envers ses citoyens. Lorsque l'action gouvernementale est contestée, qu'elle repose sur la loi ou sur la common law, la cause d'action est fondée sur un droit garanti par la *Charte*. Le demandeur allègue que l'État a violé son obligation constitutionnelle et, à son tour, l'État doit justifier cette violation. Si les affaires criminelles offrent l'exemple par excellence de l'action gouvernementale, les contestations visant une action gouvernementale, les contestations également survenir dans des affaires civiles. Le devoir de l'État de respecter ses obligations constitutionnelles n'est pas moins pressant dans le domaine civil que dans le domaine criminel. Les deux arrêts *B.C.G.E.U.* et *Dagenais*, précités, présentent une forme très particulière d'«action gouvernementale» dans le contexte civil. Dans les deux cas, la Cour a été appelée à considérer son propre fonctionnement et à déterminer la mesure de sa compétence pour considérer des questions essentiellement publiques. Il ne s'agissait pas de litiges purement privés. Pour cette raison, ces deux affaires doivent être considérées avec prudence dans la détermination de l'analyse applicable à un litige civil purement privé.

95

Private parties owe each other no constitutional duties and cannot found their cause of action upon a *Charter* right. The party challenging the common law cannot allege that the common law violates a *Charter* right because, quite simply, *Charter* rights do not exist in the absence of state action. The most that the private litigant can do is argue that the common law is inconsistent with *Charter* values. It is very important to draw this distinction between *Charter* rights and *Charter* values. Care must be taken not to expand the application of the *Charter* beyond that established by s. 32(1), either by creating new causes of action, or by subjecting all court orders to *Charter* scrutiny. Therefore, in the context of civil litigation involving only private parties, the *Charter* will "apply" to the common

Les particuliers ne se doivent réciproquement aucune obligation constitutionnelle et ne peuvent fonder leur cause d'action sur un droit garanti par la *Charte*. La partie qui conteste la common law ne peut alléguer que celle-ci viole un droit garanti par la *Charte*, tout simplement parce que les droits garantis par la *Charte* n'existent pas en l'absence d'une action de l'État. Tout ce que le particulier peut prétendre, c'est que la common law est incompatible avec les valeurs de la *Charte*. Il est très important d'établir une distinction entre les droits garantis par la *Charte* et les valeurs de la *Charte*. Il faut prendre soin de ne pas élargir l'application de la *Charte* au-delà de ce qui est établi au par. 32(1), soit en créant de nouvelles causes d'action, soit en assujettissant toutes les ordon-

law only to the extent that the common law is found to be inconsistent with *Charter* values.

Courts have traditionally been cautious regarding the extent to which they will amend the common law. Similarly, they must not go further than is necessary when taking *Charter* values into account. Far-reaching changes to the common law must be left to the legislature.

When the common law is in conflict with *Charter* values, how should the competing principles be balanced? In my view, a traditional s. 1 framework for justification is not appropriate. It must be remembered that the *Charter* “challenge” in a case involving private litigants does not allege the violation of a *Charter* right. It addresses a conflict between principles. Therefore, the balancing must be more flexible than the traditional s. 1 analysis undertaken in cases involving governmental action cases. *Charter* values, framed in general terms, should be weighed against the principles which underlie the common law. The *Charter* values will then provide the guidelines for any modification to the common law which the court feels is necessary.

Finally, the division of onus which normally operates in a *Charter* challenge to government action should not be applicable in a private litigation *Charter* “challenge” to the common law. This is not a situation in which one party must prove a *prima facie* violation of a right while the other bears the onus of defending it. Rather, the party who is alleging that the common law is inconsistent with the *Charter* should bear the onus of proving both that the common law fails to comply with *Charter* values and that, when these values are balanced, the common law should be modified. In the ordinary situation, where government action is said to violate a *Charter* right, it is appropriate that the government undertake the justification for the

nances judiciaires au contrôle fondé sur la *Charte*. Par conséquent, dans le contexte d’un litige civil qui n’oppose que des particuliers, la *Charte* «s’applique» à la common law dans la mesure seulement où elle est jugée incompatible avec les valeurs de la *Charte*.

Les tribunaux ont traditionnellement été prudents quant à l’étendue des modifications à apporter à la common law. De la même manière, ils doivent veiller à ne pas aller plus loin que nécessaire lorsqu’ils tiennent compte des valeurs de la *Charte*. Les changements d’ampleur à la common law doivent être laissés au législateur.

Lorsque la common law entre en conflit avec les valeurs de la *Charte*, comment pondérer les principes opposés? À mon avis, la structure traditionnelle de justification qu’offre l’article premier n’est pas indiquée. Il faut se rappeler que la «contestation» fondée sur la *Charte* dans un litige privé ne repose pas sur la violation d’un droit garanti par la *Charte*. Elle met en cause un conflit entre des principes. Par conséquent, la pondération doit être plus souple que l’analyse traditionnelle effectuée en vertu de l’article premier dans les cas qui mettent en cause une action gouvernementale. Formulées en termes généraux, les valeurs de la *Charte* devraient être pondérées en regard des principes qui inspirent la common law. Les valeurs de la *Charte* offriront alors des lignes directrices quant à toute modification de la common law que la cour estime nécessaire.

Enfin, le partage habituel du fardeau dans la contestation d’une action gouvernementale fondée sur la *Charte* ne devrait pas intervenir dans un litige privé comportant une «contestation» de la common law fondée sur la *Charte*. Il ne s’agit pas d’un cas où une partie doit établir l’existence d’une violation apparente d’un droit alors que l’autre assume le fardeau de la défendre. La partie qui allègue que la common law est incompatible avec la *Charte* doit plutôt établir à la fois que la common law ne respecte pas les valeurs de la *Charte* et que, suivant la pondération de ces valeurs, la common law doit être modifiée. Dans une situation ordinaire, lorsqu’on dit de l’action gouvernementale qu’elle viole un droit garanti par la *Charte*, il

96

97

98

impugned statute or common law rule. However, the situation is very different where two private parties are involved in a civil suit. One party will have brought the action on the basis of the prevailing common law which may have a long history of acceptance in the community. That party should be able to rely upon that law and should not be placed in the position of having to defend it. It is up to the party challenging the common law to bear the burden of proving not only that the common law is inconsistent with *Charter* values but also that its provisions cannot be justified.

appartient au gouvernement de justifier la loi ou la règle de common law qui est attaquée. En revanche, la situation est toute autre lorsque deux particuliers s'opposent dans une action civile. L'un d'eux aura intenté l'action sur le fondement d'une règle de common law, qui peut être depuis longtemps acceptée au sein de la collectivité. Il devrait donc pouvoir invoquer cette règle de droit sans être tenu de la défendre. Il incombe entièrement à la partie qui conteste la common law de démontrer non seulement que la common law est incompatible avec les valeurs de la *Charte*, mais en outre que ses dispositions ne peuvent être justifiées.

99 With that background, let us first consider the common law of defamation in light of the values underlying the *Charter*.

Forêts de ces considérations générales, voyons d'abord la common law de la diffamation à la lumière des valeurs de la *Charte*.

(b) *The Nature of Actions for Defamation: The Values to Be Balanced*

b) *L'action en diffamation: sa nature et les valeurs en cause*

100 There can be no doubt that in libel cases the twin values of reputation and freedom of expression will clash. As Edgerton J. stated in *Sweeney v. Patterson*, 128 F.2d 457 (D.C. Cir. 1942), at p. 458, cert. denied 317 U.S. 678 (1942), whatever is "added to the field of libel is taken from the field of free debate". The real question, however, is whether the common law strikes an appropriate balance between the two. Let us consider the nature of each of these values.

Il ne fait aucun doute que, dans les affaires de libelle, les valeurs jumelles de réputation et de liberté d'expression entreront en conflit. Comme le disait le juge Edgerton dans *Sweeney c. Patterson*, 128 F.2d 457 (D.C. Cir. 1942), à la p. 458, cert. refusé 317 U.S. 678 (1942), [TRADUCTION] «ce que l'on ajoute au domaine du libelle, on le ravit au domaine de la libre discussion». La vraie question, toutefois, est de savoir si la common law offre un juste équilibre entre ces deux valeurs, dont nous examinerons la nature tour à tour.

(i) Freedom of Expression

(i) La liberté d'expression

101 Much has been written of the great importance of free speech. Without this freedom to express ideas and to criticize the operation of institutions and the conduct of individual members of government agencies, democratic forms of government would wither and die. See, for example, *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, at p. 133; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 306; and *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, at p. 326. More recently, in *Edmonton Journal*, *supra*, at p. 1336, it was said:

On a beaucoup écrit sur l'importance primordiale de la liberté de parole. Sans cette liberté d'exprimer des idées et de critiquer tant le fonctionnement des institutions que le comportement des particuliers attachés aux offices gouvernementaux, les formes démocratiques de gouvernement se détérioreraient et disparaîtraient. Voir par exemple *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, à la p. 133; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 306; et *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265, à la p. 326. On peut lire dans l'arrêt plus récent *Edmonton Journal*, précité, à la p. 1336:

It is difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression. Indeed a democracy cannot exist without that freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions. The concept of free and uninhibited speech permeates all truly democratic societies and institutions. The vital importance of the concept cannot be over-emphasized.

However, freedom of expression has never been recognized as an absolute right. Duff C.J. emphasized this point in *Reference re Alberta Statutes*, *supra*, at p. 133:

The right of public discussion is, of course, subject to legal restrictions; those based upon considerations of decency and public order, and others conceived for the protection of various private and public interests with which, for example, the laws of defamation and sedition are concerned. In a word, freedom of discussion means . . . “freedom governed by law.” [Emphasis added.]

See also *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067, at pp. 1072 and 1091.

Similar reasoning has been applied in cases argued under the *Charter*. Although a *Charter* right is defined broadly, generally without internal limits, the *Charter* recognizes, under s. 1, that social values will at times conflict and that some limits must be placed even on fundamental rights. As La Forest J. explained in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at p. 1489, this Court has adopted a flexible approach to measuring the constitutionality of impugned provisions wherein “the underlying values [of the *Charter*] must be sensitively weighed in a particular context against other values of a free and democratic society . . .”.

In *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, for example, s. 319(2) of the *Criminal Code* was found to be justified as a reasonable limit on the appellant’s freedom to spread falsehoods relating to the Holocaust and thus to promote hatred

Il est difficile d’imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d’expression dans une société démocratique. En effet, il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d’exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. La notion d’expression libre et sans entraves est omniprésente dans les sociétés et les institutions vraiment démocratiques. On ne peut trop insister sur l’importance primordiale de cette notion.

Cependant la liberté d’expression n’a jamais été reconnue comme un droit absolu. Le juge en chef Duff a insisté sur ce point dans *Reference re Alberta Statutes*, précité, à la p. 133:

[TRADUCTION] Le droit au débat public est naturellement soumis à des restrictions juridiques; certaines s’appuient sur des motifs d’ordre public et de décence et d’autres visent la protection de divers intérêts publics et privés dont se préoccupent, par exemple, les lois relatives à la diffamation et à la sédition. En un mot, la liberté de parole signifie [. . .] «la liberté régie par le droit». [Je souligne.]

Voir également *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067, aux pp. 1072 et 1091.

On a adopté un raisonnement semblable dans des affaires où la *Charte* était invoquée. Bien qu’un droit garanti par la *Charte* soit défini en termes généraux, d’ordinaire sans limites inhérentes, la *Charte* reconnaît à l’article premier que des valeurs de la société entreront en conflit à certains moments et que des limites doivent être imposées même sur les droits fondamentaux. Comme l’explique le juge La Forest dans *États-Unis d’Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1489 et 1490, notre Cour a fait preuve de souplesse dans l’appréciation de la constitutionnalité de dispositions contestées, «les valeurs sous-jacentes [de la *Charte* devant] être, dans un contexte particulier, évaluées délicatement en fonction d’autres valeurs propres à une société libre et démocratique . . .».

Dans l’arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, par exemple, on a jugé que le par. 319(2) du *Code criminel* constituait une limite raisonnable à la liberté de l’appelant de répandre des mensonges sur l’holocauste et de fomenter ainsi la haine con-

102

103

104

against an identifiable group. Dickson C.J. adopted the contextual approach to s. 1 and concluded that, since hate propaganda contributed little to the values which underlie the right enshrined under s. 2(b), namely the quest for truth, the promotion of individual self-development, and participation in the community, a restriction on this type of expression might be easier to justify than would be the case with other kinds of expression.

tre un groupe identifiable. Le juge en chef Dickson a privilégié une méthode contextuelle relativement à l'article premier et conclu que, puisque la propagande haineuse contribuait peu aux valeurs qui sous-tendent le droit consacré à l'al. 2b), à savoir la recherche de la vérité, l'épanouissement personnel et la participation dans la collectivité, il pouvait être plus aisé de justifier une restriction à cette forme d'expression qu'à d'autres types d'expression.

105 In *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, the obscenity provisions of the *Criminal Code*, s. 163, were questioned. It was held, under the s. 1 analysis, that pornography could not stand on an equal footing with other kinds of expression which directly engage the "core" values of freedom of expression. Further, it was found that the fact that the targeted material was expression motivated by economic profit more readily justified the imposition of restrictions.

Dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, on contestait les dispositions du *Code criminel*, art. 163, relatives à l'obscénité. La Cour a conclu que, dans le cadre de l'analyse selon l'article premier, la pornographie ne pouvait se trouver sur un pied d'égalité avec les autres formes d'expression qui font directement appel aux valeurs profondes de la liberté d'expression. En outre, elle a conclu que, puisque les documents en cause étaient une forme d'expression motivée par le profit économique, l'imposition de restrictions était plus aisément justifiée.

106 Certainly, defamatory statements are very tenuously related to the core values which underlie s. 2(b). They are inimical to the search for truth. False and injurious statements cannot enhance self-development. Nor can it ever be said that they lead to healthy participation in the affairs of the community. Indeed, they are detrimental to the advancement of these values and harmful to the interests of a free and democratic society. This concept was accepted in *Globe and Mail Ltd. v. Boland*, [1960] S.C.R. 203, at pp. 208-9, where it was held that an extension of the qualified privilege to the publication of defamatory statements concerning the fitness for office of a candidate for election would be "harmful to that 'common convenience and welfare of society'". Reliance was placed upon the text *Gatley on Libel and Slander in a Civil Action: With Precedents of Pleadings* (4th ed. 1953), at p. 254, wherein the author stated the following:

On ne peut nier que les déclarations diffamatoires ont un lieu très ténu avec les valeurs profondes qui sous-tendent l'al. 2b). Elles s'opposent à toute recherche de la vérité. Les déclarations fausses et injurieuses ne peuvent contribuer à l'épanouissement personnel, et on ne peut pas dire qu'elles encouragent la saine participation aux affaires de la collectivité. En fait, elles nuisent à l'épanouissement de ces valeurs et aux intérêts d'une société libre et démocratique. Ce concept a été reconnu dans *Globe and Mail Ltd. c. Boland*, [1960] R.C.S. 203, aux pp. 208 et 209, où il est déclaré qu'étendre la portée de l'immunité relative à la publication de déclarations diffamatoires sur la compétence d'un candidat à une élection serait [TRADUCTION] «nuisible à «l'intérêt et au bien-être communs de la société»». On a invoqué l'ouvrage *Gatley on Libel and Slander in a Civil Action: With Precedents of Pleadings* (4^e éd. 1953), à la p. 254, où l'auteur s'exprime dans les termes suivants:

It would tend to deter sensitive and honourable men from seeking public positions of trust and responsibility,

[TRADUCTION] On risquerait de dissuader l'homme sensé et respectable de se porter candidat aux postes publics

and leave them open to others who have no respect for their reputation.

See also *Derrickson v. Tomat* (1992), 88 D.L.R. (4th) 401 (B.C.C.A.), at p. 408.

(ii) The Reputation of the Individual

The other value to be balanced in a defamation action is the protection of the reputation of the individual. Although much has very properly been said and written about the importance of freedom of expression, little has been written of the importance of reputation. Yet, to most people, their good reputation is to be cherished above all. A good reputation is closely related to the innate worthiness and dignity of the individual. It is an attribute that must, just as much as freedom of expression, be protected by society's laws. In order to undertake the balancing required by this case, something must be said about the value of reputation.

Democracy has always recognized and cherished the fundamental importance of an individual. That importance must, in turn, be based upon the good repute of a person. It is that good repute which enhances an individual's sense of worth and value. False allegations can so very quickly and completely destroy a good reputation. A reputation tarnished by libel can seldom regain its former lustre. A democratic society, therefore, has an interest in ensuring that its members can enjoy and protect their good reputation so long as it is merited.

From the earliest times, society has recognized the potential for tragic damage that can be occasioned by a false statement made about a person. This is evident in the Bible, the Mosaic Code and the Talmud. As the author Carter-Ruck, in *Carter-Ruck on Libel and Slander* (4th ed. 1992), explains at p. 17:

The earliest evidence in recorded history of any sanction for defamatory statements is in the Mosaic code. In *Exodus XXII 28* we find 'Thou shalt not revile the gods nor curse the ruler of thy people' and in *Exodus XXIII 1* 'Thou shalt not raise a false report: put not thine hand with the wicked to be an unrighteous witness'. There is also a condemnation of rumourmongers in *Leviticus*

de confiance et de responsabilité, qui seraient alors laissés à ceux qui n'ont aucune considération pour leur réputation.

Voir également *Derrickson c. Tomat* (1992), 88 D.L.R. (4th) 401 (C.A.C.-B.), à la p. 408.

(ii) La réputation de la personne

L'action en diffamation commande la considération d'une seconde valeur, la protection de la réputation de la personne. Bien que de nombreux commentaires judicieux aient été formulés sur l'importance de la liberté d'expression, on ne peut en dire autant de la réputation. Pourtant, la plupart des gens tiennent plus que tout à leur bonne réputation, qui se rattache étroitement à la valeur et à la dignité innées de la personne. Elle est un attribut qui doit, au même titre que la liberté d'expression, être protégé par les lois de la société. Avant d'effectuer la pondération requise en l'espèce, il convient de parler de la valeur de la réputation.

Les démocraties ont toujours reconnu et révérent l'importance fondamentale de la personne. Cette importance doit, à son tour, reposer sur la bonne réputation. Cette bonne réputation, qui rehausse le sens de valeur et de dignité d'une personne, peut également être très rapidement et complètement détruite par de fausses allégations. Et une réputation ternie par le libelle peut rarement regagner son lustre passé. Une société démocratique a donc intérêt à s'assurer que ses membres puissent jouir d'une bonne réputation et la protéger aussi longtemps qu'ils en sont dignes.

Depuis toujours, la société a reconnu le tort tragique que les fausses déclarations peuvent causer à une personne. On peut le constater à la lecture de la Bible, de la loi mosaïque et du Talmud. Ainsi que l'auteur Carter-Ruck l'explique, dans *Carter-Ruck on Libel and Slander* (4^e éd. 1992), à la p. 17:

[TRADUCTION] La première indication, dans l'histoire écrite, de sanctions contre les déclarations diffamatoires remonte à la loi mosaïque. Dans l'Exode, XXII, verset 28, on lit: «Tu ne maudiras point Dieu, et tu ne maudiras point le prince de ton peuple»; dans l'Exode, XXIII, verset 1: «Tu ne répandras point de faux bruit. Tu ne te joindras point au méchant pour faire un faux témoi-

107

108

109

XIX 16 'Thou shalt not go up and down as a talebearer among thy people'.

gnage». Dans le Lévitique, XIX, verset 16, on condamne également l'auteur de rumeurs: «Tu ne répandras point de calomnies parmi ton peuple».

110 To make false statements which are likely to injure the reputation of another has always been regarded as a serious offence. During the Roman era, the punishment for libel varied from the loss of the right to make a will, to imprisonment, exile for life, or forfeiture of property. In the case of slander, a person could be made liable for payment of damages.

Tenir des propos mensongers susceptibles de ternir la réputation d'autrui a toujours été considéré comme une infraction grave. À l'époque romaine, la punition pour le libelle variait de la perte du droit de tester à l'emprisonnement, et de l'exil à vie à la confiscation des biens. Dans le cas de la diffamation, l'auteur pouvait être condamné à des dommages-intérêts.

111 It was decreed by the Teutons in the *Lex Salica* that if a man called another a "wolf" or a "hare", he must pay the sum of three shillings; for a false imputation of unchastity in a woman the penalty was 45 shillings. In the *Normal Costumal*, if people falsely called another "thief" or "manslayer", they had to pay damages and, holding their nose with their fingers, publicly confess themselves a liar.

La Loi salique des Teutons prescrivait que l'homme qui traitait un autre homme de «loup» ou de «lièvre» devait verser la somme de trois shillings; pour une fausse accusation relative à la chasteté d'une femme, la pénalité s'élevait à 45 shillings. Dans le *Normal Costumal*, celui qui traitait faussement autrui de «voleur» ou de «meurtrier» était tenu de verser des dommages-intérêts et, en se tenant le nez, de confesser publiquement qu'il était un menteur.

112 With the separation of ecclesiastical and secular courts by the decree of William I following the Norman conquest, the Church assumed spiritual jurisdiction over defamatory language, which was regarded as a sin. The Church "stayed the tongue of the defamer at once *pro custodia morum* of the community, and *pro salute animæ* of the delinquent". See V. V. Veeder, "The History and Theory of the Law of Defamation" (1903), 3 *Colum. L. Rev.* 546, at p. 551.

Par suite de la séparation des tribunaux ecclésiastiques et séculiers en vertu du décret de Guillaume 1^{er} après la conquête normande, l'Église a assumé la compétence spirituelle à l'égard du langage diffamatoire, considéré alors comme un péché. L'Église [TRADUCTION] «faisait taire l'auteur de la diffamation, à la fois *pro custodia morum* de la collectivité et *pro salute animæ* du délinquant»: V. V. Veeder, «The History and Theory of the Law of Defamation» (1903), 3 *Colum. L. Rev.* 546, à la p. 551.

113 By the 16th century, the common law action for defamation became commonplace. This was in no small measure due to the efforts of the Star Chamber to eradicate duelling, the favoured method of vindication. The Star Chamber even went so far as to punish the sending of challenges. However, when it proscribed this avenue of recourse to injured parties, the Star Chamber was compelled to widen its original jurisdiction over seditious libel to include ordinary defamation.

Au XVI^e siècle, l'action en diffamation en common law est devenue chose commune en raison, dans une large mesure, des efforts de la Chambre étoilée pour bannir les duels, moyen préféré de justification. La Chambre étoilée sanctionnait même les mises au défi. Toutefois, lorsqu'elle a nié cette voie de recours aux parties lésées, la Chambre étoilée a été contrainte d'élargir sa compétence originale à l'égard du libelle séditieux pour l'étendre à la simple diffamation.

114 The modern law of libel is said to have arisen out of the case *De Libellis Famosis* (1605), 5 Co.

On dit du droit moderne du libelle qu'il tire ses origines de l'affaire *De Libellis Famosis* (1605), 5

Rep. 125a, 77 E.R. 250. There, the late Archbishop of Canterbury and the then Bishop of London were alleged to have been “traduced and scandalized” by an anonymous person. As reported by Coke, it was ruled that all libels, even those against private individuals, ought to be sanctioned severely by indictment at common law or in the Star Chamber. The reasoning behind this was that the libel could incite “all those of the same family, kindred, or society to revenge, and so tends *per consequens* to quarrels and breach of the peace” (p. 251). It was not necessary to show publication to a third person and it made no difference whether the libel was true or whether the plaintiff had a good or bad reputation. Eventually, truth was recognized as a defence in cases involving ordinary defamation.

It was not until the late 17th century that the distinction between libel and slander was drawn by Chief Baron Hale in *King v. Lake* (1679), Hardres 470, 145 E.R. 552, where it was held that words spoken, without more, would not be actionable, with a few exceptions. Once they were reduced to writing, however, malice would be presumed and an action would lie.

The character of the law relating to libel and slander in the 20th century is essentially the product of its historical development up to the 17th century, subject to a few refinements such as the introduction and recognition of the defences of privilege and fair comment. From the foregoing we can see that a central theme through the ages has been that the reputation of the individual is of fundamental importance. As Professor R. E. Brown writes in *The Law of Defamation in Canada* (2nd ed. 1994), at p. 1-4:

“(N)o system of civil law can fail to take some account of the right to have one’s reputation remain untarnished by defamation.” Some form of legal or social constraints on defamatory publications “are to be found in all stages of civilization, however imperfect, remote, and proximate to barbarism.” [Footnotes omitted.]

Co. Rep. 125a, 77 E.R. 250. On alléguait dans cette affaire que l’ex-archevêque de Canterbury et l’évêque de Londres d’alors avaient été victimes de «calomnies et de médisances» de la part d’un inconnu. Ainsi que le rapporte Coke, il a été jugé que tous les libelles, même ceux commis contre des particuliers, devaient être punis sévèrement par mise en accusation en common law ou devant la Chambre étoilée. C’est que l’on craignait que le libelle incite [TRADUCTION] «tous les membres de la même famille, les parents ou la société à se venger et par conséquent à se quereller et à troubler la paix» (p. 251). Il n’était pas nécessaire de montrer la publication à une tierce personne, et il importait peu que le libelle soit véridique ou que le demandeur jouisse d’une bonne ou d’une mauvaise réputation. Par la suite, la vérité a été reconnue comme moyen de défense dans les affaires de simple diffamation.

Ce n’est qu’à la fin du XVII^e siècle que la distinction entre le libelle et la diffamation a été établie par le juge en chef Hale dans *King c. Lake* (1679), Hardres 470, 145 E.R. 552, où il a conclu que les paroles proférées, sans plus, ne pourraient faire l’objet de poursuites, sauf à quelques exceptions. Toutefois s’il s’agissait d’un écrit on présumait la malveillance, et une action pouvait être intentée.

Le droit relatif au libelle et à la diffamation au XX^e siècle est essentiellement le produit de son évolution jusqu’au XVII^e siècle, sous réserve de quelques modifications comme l’introduction et la reconnaissance des défenses d’immunité et de commentaire loyal. De ce qui précède, on peut constater à travers les âges le thème central de l’importance fondamentale de la réputation de la personne. Comme le dit le professeur R. E. Brown dans *The Law of Defamation in Canada* (2^e éd. 1994), à la p. 1-4:

[TRADUCTION] «(A)ucun régime de droit civil ne peut ignorer le droit d’une personne à la protection de sa réputation contre la diffamation.» On trouve des restrictions juridiques ou sociales aux publications diffamatoires «à toutes les étapes de la civilisation, aussi imparfaites, éloignées et proches de la barbarie soient-elles». [Notes omises.]

115

116

117

Though the law of defamation no longer serves as a bulwark against the duel and blood feud, the protection of reputation remains of vital importance. As David Lepofsky suggests in “Making Sense of the Libel Chill Debate: Do Libel Laws ‘Chill’ the Exercise of Freedom of Expression?” (1994), 4 *N.J.C.L.* 169, at p. 197, reputation is the “fundamental foundation on which people are able to interact with each other in social environments”. At the same time, it serves the equally or perhaps more fundamentally important purpose of fostering our self-image and sense of self-worth. This sentiment was eloquently expressed by Stewart J. in *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75 (1966), who stated at p. 92:

The right of a man to the protection of his own reputation from unjustified invasion and wrongful hurt reflects no more than our basic concept of the essential dignity and worth of every human being — a concept at the root of any decent system of ordered liberty.

118

In the present case, consideration must be given to the particular significance reputation has for a lawyer. The reputation of a lawyer is of paramount importance to clients, to other members of the profession and to the judiciary. A lawyer’s practice is founded and maintained upon the basis of a good reputation for professional integrity and trustworthiness. It is the cornerstone of a lawyer’s professional life. Even if endowed with outstanding talent and indefatigable diligence, a lawyer cannot survive without a good reputation. In his essay entitled “The Lawyer’s Duty to Himself and the Code of Professional Conduct” (1993), 27 *L. Soc. Gaz.* 119, David Hawreluk described the importance of a reputation for integrity. At page 121, he quoted Lord Birkett on the subject:

The advocate has a duty to his client, a duty to the Court, and a duty to the State; but he has above all a duty to himself and he shall be, as far as lies in his power, a man of integrity. No profession calls for higher standards of honour and uprightness, and no profession, perhaps, offers greater temptations to forsake them; but whatever gifts an advocate may possess, be they never so dazzling, without the supreme

Bien que le droit de la diffamation ne serve plus de rempart contre le duel et les conflits sangui- naires, la protection de la réputation demeure d’importance vitale. Comme l’indique David Lepofsky dans «Making Sense of the Libel Chill Debate: Do Libel Laws «Chill» the Exercise of Freedom of Expression?» (1994), 4 *N.J.C.L.* 169, à la p. 197, la réputation est le [TRADUCTION] «pilier fondamental grâce auquel les gens peuvent interagir avec autrui en milieu social». Du même coup, il sert l’objectif aussi fondamentalement important, voire même plus, de protéger l’image de soi d’un individu et son sens de sa valeur propre. Ce sentiment a été exprimé avec éloquence par le juge Stewart dans *Rosenblatt c. Baer*, 383 U.S. 75 (1966), qui écrit à la p. 92:

[TRADUCTION] Le droit d’un homme à la protection de sa réputation contre toute intrusion injustifiée et tout préjudice illégal ne reflète rien de plus que notre concept fondamental de dignité et de valeur essentielles à tout être humain — un concept à la base de tout système acceptable de liberté ordonnée.

En l’espèce, il faut tenir compte de l’importance particulière que revêt la réputation pour l’avocat. La réputation d’un avocat est d’importance primordiale vis-à-vis des clients, des membres de la profession et de la magistrature. L’avocat monte sa pratique et la maintient grâce à sa réputation d’intégrité et de conscience professionnelles. Elle est la pierre angulaire de sa vie professionnelle. Même doué d’un talent exceptionnel et faisant preuve d’une diligence de tout instant, l’avocat ne peut survivre sans une réputation irréprochable. Dans son essai intitulé «The Lawyer’s Duty to Himself and the Code of Professional Conduct» (1993), 27 *L. Soc. Gaz.* 119, David Hawreluk décrit l’importance d’une réputation d’intégrité. À la p. 121, il reprend les propos de lord Birkett sur ce point:

[TRADUCTION] L’avocat a une obligation envers son client, la Cour et l’État; mais par-dessus tout, il a une obligation envers lui-même, celle de faire preuve, autant que possible, d’intégrité. Aucune profession n’exige un degré plus élevé de probité et d’intégrité, et aucune profession n’offre peut-être de plus fortes tentations d’y renoncer; mais quels que soient les talents d’un avocat, aussi éclatants puissent-ils être,

qualification of an inner integrity he will fall short of the highest . . .

Similarly, Esson J. in *Vogel v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1982] 3 W.W.R. 97 (B.C.S.C.), at pp. 177-78 stated:

The qualities required of a lawyer who aspires to the highest level of his profession are various, but one is essential. That is a reputation for integrity. The programs were a massive attack upon that reputation. The harm done to it can never be wholly undone, and therefore the stigma so unfairly created will always be with the plaintiff.

When the details of the Vogel affair have faded from memory, what will remain in the minds of many people throughout Canada is a lurking recollection that he was the centre of a scandal which arose out of his conduct in office.

Although it is not specifically mentioned in the *Charter*, the good reputation of the individual represents and reflects the innate dignity of the individual, a concept which underlies all the *Charter* rights. It follows that the protection of the good reputation of an individual is of fundamental importance to our democratic society.

Further, reputation is intimately related to the right to privacy which has been accorded constitutional protection. As La Forest J. wrote in *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427, privacy, including informational privacy, is “[g]rounded in man’s physical and moral autonomy” and “is essential for the well-being of the individual”. The publication of defamatory comments constitutes an invasion of the individual’s personal privacy and is an affront to that person’s dignity. The protection of a person’s reputation is indeed worthy of protection in our democratic society and must be carefully balanced against the equally important right of freedom of expression. In order to undertake the requisite balancing of values, let us first review the change to the existing common law proposed by the appellants.

s’il n’a pas cette qualité suprême qu’est l’intégrité intérieure, il n’atteindra pas les sommets . . .

De même, le juge Esson dans *Vogel c. Canadian Broadcasting Corp.*, [1982] 3 W.W.R. 97 (C.S.C.-B.), aux pp. 177 et 178, écrit:

[TRADUCTION] L’avocat qui aspire au sommet de sa profession doit être doué de plusieurs qualités, dont l’une est essentielle. Il s’agit de la réputation d’intégrité. Les programmes ont sévèrement attaqué cette réputation. Le tort causé à celle-ci ne peut jamais être complètement réparé, et par conséquent, les stigmates si injustement infligés demeureront toujours.

Lorsque le temps aura estompé le souvenir des détails entourant l’affaire Vogel, il ne restera dans l’esprit de nombreux Canadiens que le vague souvenir d’un scandale né de son comportement dans l’exercice de ses fonctions.

Bien qu’elle ne soit pas expressément mentionnée dans la *Charte*, la bonne réputation de l’individu représente et reflète sa dignité inhérente, concept qui sous-tend tous les droits garantis par la *Charte*. La protection de la bonne réputation d’un individu est donc d’importance fondamentale dans notre société démocratique.

En outre, la réputation est étroitement liée au droit à la vie privée, qui jouit d’une protection constitutionnelle. Comme le juge La Forest le dit dans *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 427, la vie privée, y compris la vie privée sur le plan de l’information, est «[f]ondée sur l’autonomie morale et physique de la personne» et «est essentielle à son bien-être». La publication de commentaires diffamatoires constitue une intrusion dans la vie privée d’un individu et un affront à sa dignité. La réputation d’une personne mérite effectivement d’être protégée dans notre société démocratique et cette protection doit être soigneusement mesurée en regard du droit tout aussi important à la liberté d’expression. Aux fins de la nécessaire pondération de ces valeurs, voyons d’abord le changement que les appelants proposent à la common law actuelle.

119

120

121

(c) *The Proposed Remedy: Adopting the New York Times v. Sullivan "Actual Malice" Rule*

c) *Solution proposée: La règle de la «malveillance véritable» selon New York Times c. Sullivan*

122

In *New York Times v. Sullivan, supra*, the United States Supreme Court ruled that the existing common law of defamation violated the guarantee of free speech under the First Amendment of the Constitution. It held that the citizen's right to criticize government officials is of such tremendous importance in a democratic society that it can only be accommodated through the tolerance of speech which may eventually be determined to contain falsehoods. The solution adopted was to do away with the common law presumptions of falsity and malice and place the onus on the plaintiff to prove that, at the time the defamatory statements were made, the defendant either knew them to be false or was reckless as to whether they were or not.

Dans l'arrêt *New York Times c. Sullivan*, précité, la Cour suprême des États-Unis a statué que la common law de la diffamation alors en vigueur violait la garantie de liberté de parole prévue au Premier amendement de la Constitution. Elle a conclu que le droit du citoyen de critiquer les représentants du gouvernement revêt une importance si exceptionnelle dans une société démocratique que son respect passe nécessairement par la tolérance du propos qui, à la fin, peut être jugé mensonger. La solution adoptée consistait à supprimer les présomptions de fausseté et de malveillance existant en common law, et à imposer au demandeur le fardeau d'établir qu'à l'époque où les propos diffamatoires ont été tenus, le défendeur savait qu'ils étaient faux ou ne se souciait pas de savoir s'ils l'étaient ou non.

123

At the outset, it is important to understand the social and political context of the times which undoubtedly influenced the decision in *New York Times v. Sullivan, supra*. The impugned publication was an editorial advertisement, placed in the appellant's newspaper, entitled "Heed Their Rising Voices". It criticized the widespread segregation which continued to dominate life in the southern states in the late 1950s and early 1960s. Prominent and well respected individuals, including Mrs. Eleanor Roosevelt, lent their name to the advertisement. It communicated information, recited grievances, protested abuses and sought financial support. The group or movement sponsoring the advertisement was characterized by Brennan J. as one "whose existence and objectives are matters of the highest public interest and concern" (p. 266). Black J. described the controversy at the heart of the suit in the following terms at p. 294:

Avant tout, il importe de saisir le contexte social et politique qui, à cette époque, a certainement influencé la décision *New York Times c. Sullivan*, précitée. La publication attaquée, une publicité rédactionnelle intitulée «Heed Their Rising Voices», avait été placée dans le journal de l'appellant. On y critiquait la ségrégation qui, sur une grande échelle, continuait à dominer la vie des États du sud à la fin des années 1950 et au début des années 1960. Des personnalités connues et respectées, comme M^{me} Eleanor Roosevelt, avaient prêté leur nom à la publicité, laquelle divulguait certains renseignements, énonçait des griefs, dénonçait des abus et demandait un appui financier. Le juge Brennan a dit de l'existence et de l'objectif du groupe ou mouvement appuyant la publicité qu'il relevait [TRADUCTION] «du plus haut intérêt public» (p. 266). Le juge Black a décrit dans les termes suivants la controverse au cœur de laquelle se trouvait l'action à la p. 294:

One of the acute and highly emotional issues in this country arises out of efforts of many people, even including some public officials, to continue state-commanded segregation of races in the public schools and other public places, despite our several holdings that

[TRADUCTION] L'un des sujets les plus brûlants et chargés d'émotion dans notre pays découle des efforts de nombreuses personnes, dont même certains représentants officiels, à perpétuer au nom de l'État la ségrégation des races dans les écoles publiques et autres

such a state practice is forbidden by the Fourteenth Amendment.

The advertisement did not mention by name the plaintiff, who was a white elected commissioner from Montgomery, Alabama. Only 35 copies of the edition of the *New York Times* which carried that advertisement were circulated in Montgomery, and only 394 were circulated in the entire state of Alabama. The trial took place in 1960, in a segregated court room in Montgomery, before a white judge and all-white jury. Damages of \$500,000 U.S. were awarded. This would be the current equivalent in Canada of approximately \$3.5 million.

The Supreme Court, in overturning the verdict, clearly perceived the libel action as a very serious attack not only on the freedom of the press but, more particularly, on those who favoured desegregation in the southern United States. It was concerned that such a large damage award could threaten the very existence of, in Black J.'s words, "an American press virile enough to publish unpopular views on public affairs and bold enough to criticize the conduct of public officials" (p. 294). This concern was intensified by the fact that a second libel verdict of \$500,000 U.S. had already been awarded to another Montgomery commissioner against the *New York Times*. In addition, 11 other libel suits, arising out of the same advertisement, were pending against the newspaper.

Another motivating factor for this radical change to the common law was the American jurisprudence to the effect that the statements of public officials which came "within the outer perimeter of their duties" were privileged unless actual malice was proved. The rationale behind this privilege was that the threat of damage suits would "dampen the ardor of all but the most resolute, or the most irresponsible, in the unflinching discharge of their duties": *Barr v. Matteo*, 360 U.S. 564 (1959), at p. 571. The Supreme Court in the

endroits publics, en dépit de plusieurs décisions déclarant cette pratique interdite en vertu du Quatrième Amendement.

La publicité ne révélait pas le nom du demandeur, un commissaire blanc élu, de Montgomery, en Alabama. Seulement 35 exemplaires de l'édition du *New York Times* contenant la publicité avaient été diffusés à Montgomery, et 394 seulement l'avaient été dans tout l'État de l'Alabama. Le procès s'était déroulé en 1960 à Montgomery dans une salle d'audience où se pratiquait la ségrégation, devant un juge blanc et un jury formé exclusivement de personnes de race blanche. Des dommages-intérêts de 500 000 \$ U.S. ont été adjugés. Aujourd'hui, cette somme équivaldrait au Canada à environ 3,5 millions de dollars.

La Cour suprême, qui a écarté le verdict, a manifestement perçu l'action en libelle comme une grave attaque contre non seulement la liberté de la presse, mais plus particulièrement, contre les partisans de la déségrégation dans le sud des États-Unis. Elle craignait qu'un montant aussi élevé de dommages-intérêts menace l'existence même, selon les termes du juge Black, [TRADUCTION] «d'une presse américaine suffisamment courageuse pour publier des opinions impopulaires sur les affaires publiques et suffisamment forte pour critiquer le comportement de représentants officiels» (p. 294). Cette crainte était d'autant plus vive qu'un second verdict de libelle accordant une somme de 500 000 \$ U.S. avait déjà été prononcé en faveur d'un autre commissaire de Montgomery contre le *New York Times*. Par ailleurs, 11 autres actions pour libelle, procédant de la même publicité, étaient en instance contre le journal.

Ce changement radical dans la common law était également motivé par la jurisprudence américaine portant que les déclarations de représentants officiels qui demeurent [TRADUCTION] «dans le périmètre extérieur de leurs fonctions» sont protégées, à moins que l'on établisse la malveillance véritable. La raison d'être de cette immunité était que la menace d'actions en dommages-intérêts [TRADUCTION] «atténuerait l'ardeur de tous, à l'exception des plus résolus ou encore des plus irresponsables, dans l'exécution inébranlable de leurs

124

125

126

Sullivan decision held that analogous considerations supported the protection which it accorded to critics of the government.

(d) *Critiques of the "Actual Malice" Rule*

(i) Comments on the Decision in the United States

fonctions»: *Barr c. Matteo*, 360 U.S. 564 (1959), à la p. 571. La Cour suprême a conclu dans *Sullivan* que des considérations analogues justifiaient la protection qu'elle accordait aux personnes qui critiquaient le gouvernement.

d) *Critiques à l'endroit de la règle de la «malveillance véritable»*

(i) Commentaires formulés aux États-Unis

127

The "actual malice" rule has been severely criticized by American judges and academic writers. It has been suggested that the decision was overly influenced by the dramatic facts underlying the dispute and has not stood the test of time. See, for example, R. A. Epstein, "Was *New York Times v. Sullivan* Wrong?" (1986), 53 *U. Chi. L. Rev.* 782, at p. 787; *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749 (1985), at p. 767. Commentators have pointed out that, far from being deterred by the decision, libel actions have, in the post-*Sullivan* era, increased in both number and size of awards. They have, in this way, mirrored the direction taken in other tort actions. See Epstein, *supra*; R. P. Bezanson, "Libel Law and the Realities of Litigation: Setting the Record Straight" (1985), 71 *Iowa L. Rev.* 226, at pp. 228-29. It has been said that the *New York Times v. Sullivan*, decision has put great pressure on the fact-finding process since courts are now required to make subjective determinations as to who is a public figure and what is a matter of legitimate public concern. See Christie, *supra*, at pp. 63-64.

La règle de la «malveillance véritable» a été sévèrement critiquée, tant par les juges américains que par les auteurs. D'aucuns ont donné à entendre que la décision avait été excessivement influencée par les faits dramatiques qui avaient déclenché du litige et qu'elle n'a pas résisté au passage du temps. Voir par exemple R. A. Epstein, «Was *New York Times v. Sullivan* Wrong?» (1986), 53 *U. Chi. L. Rev.* 782, à la p. 787; *Dun & Bradstreet, Inc. c. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749 (1985), à la p. 767. Les auteurs ont souligné que, loin de décourager les actions en libelle, l'arrêt *Sullivan* a entraîné une augmentation à la fois du nombre d'actions intentées et des montants adjugés. En ce sens, elles suivent les tendances des autres actions délictuelles. Voir Epstein, *loc. cit.*; R. P. Bezanson, «Libel Law and the Realities of Litigation: Setting the Record Straight» (1985), 71 *Iowa L. Rev.* 226, aux pp. 228 et 229. On a dit que l'arrêt *New York Times c. Sullivan* avait imposé une pression énorme sur le processus de recherche des faits puisque les tribunaux sont maintenant tenus de déterminer de façon subjective qui est une personnalité publique et quelle question met légitimement en cause l'intérêt public. Voir Christie, *loc. cit.*, aux pp. 63 et 64.

128

Perhaps most importantly, it has been argued the decision has shifted the focus of defamation suits away from their original, essential purpose. Rather than deciding upon the truth of the impugned statement, courts in the U.S. now determine whether the defendant was negligent. Several unfortunate results flow from this shift in focus. First, it may deny the plaintiff the opportunity to establish the falsity of the defamatory statements and to determine the consequent reputational harm. This is

Avant tout, on a soutenu que la décision avait eu pour effet de détourner les actions en diffamation de leur objectif original et essentiel. Plutôt que de se prononcer sur la vérité des propos contestés, les tribunaux des États-Unis doivent déterminer maintenant si le défendeur a fait preuve de négligence. Ce changement d'optique engendre plusieurs résultats malencontreux. Premièrement, on risque de nier au demandeur la possibilité d'établir la fausseté des déclarations diffamatoires et de déter-

particularly true in cases where the falsity is not seriously contested. See Bezanson, *supra*, at p. 227.

Second, it necessitates a detailed inquiry into matters of media procedure. This, in turn, increases the length of discoveries and of the trial which may actually increase, rather than decrease, the threat to speech interests. See D. A. Barrett, "Declaratory Judgments for Libel: A Better Alternative" (1986), 74 *Cal. L. Rev.* 847, at p. 855.

Third, it dramatically increases the cost of litigation. This will often leave a plaintiff who has limited funds without legal recourse. See P. N. Leval, "The No-Money, No-Fault Libel Suit: Keeping *Sullivan* in its Proper Place" (1988), 101 *Harv. L. Rev.* 1287, at p. 1288; A. Lewis, "*New York Times v. Sullivan* Reconsidered: Time to Return to 'The Central Meaning of the First Amendment'" (1983), 83 *Colum. L. Rev.* 603; M. London, "The 'Muzzled Media': Constitutional Crisis or Product Liability Scam?" in *At What Price? Libel Law and Freedom of the Press* (1993), at pp. 17-20.

Fourth, the fact that the dissemination of falsehoods is protected is said to exact a major social cost by deprecating truth in public discourse. See L. C. Bollinger, "The End of *New York Times v. Sullivan*: Reflections on *Masson v. New Yorker Magazine*", [1991] *Sup. Ct. Rev.* 1, at p. 6; J. A. Barron, "Access to the Press — A New First Amendment Right" (1966-67), 80 *Harv. L. Rev.* 1641, at pp. 1657-58.

A number of jurists in the United States have advocated a reconsideration of the *New York Times v. Sullivan* standard. These include one of the justices of the Supreme Court who participated in that decision. In *Dun & Bradstreet, Inc.*, *supra*, White J. stated, in a minority concurring opinion with which Burger C.J. concurred on this point, that he had "become convinced that the Court struck an improvident balance in the *New York Times* case between the public's interest in being fully

miner le tort ainsi causé à sa réputation. C'est particulièrement vrai dans les cas où la fausseté n'est pas sérieusement contestée. Voir Bezanson, *loc. cit.*, à la p. 227.

Deuxièmement, cela force la tenue d'une enquête approfondie sur des questions de procédure médiatique. De ce fait, on prolonge la durée des enquêtes préalables et du procès, ce qui est susceptible d'accentuer plutôt que de réduire la menace qui pèse sur le droit de parole. Voir D. A. Barrett, «Declaratory Judgments for Libel: A Better Alternative» (1986), 74 *Cal. L. Rev.* 847, à la p. 855.

Troisièmement, le coût des litiges s'en trouve considérablement accru. Le demandeur dont les ressources sont restreintes sera fréquemment privé de tout recours juridique. Voir P. N. Leval, «The No-Money, No-Fault Libel Suit: Keeping *Sullivan* in its Proper Place» (1988), 101 *Harv. L. Rev.* 1287, à la p. 1288; A. Lewis, «*New York Times v. Sullivan* Reconsidered: Time to Return to «The Central Meaning of the First Amendment»» (1983), 83 *Colum. L. Rev.* 603; M. London, «The «Muzzled Media»: Constitutional Crisis or Product Liability Scam?» dans *At What Price? Libel Law and Freedom of the Press* (1993), aux pp. 17 à 20.

Quatrièmement, on dit que la protection de la diffusion de déclarations fausses impose un coût social considérable en dévalorisant la vérité du discours public. Voir L. C. Bollinger, «The End of *New York Times v. Sullivan*: Reflections on *Masson v. New Yorker Magazine*», [1991] *Sup. Ct. Rev.* 1, à la p. 6; J. A. Barron, «Access to the Press — A New First Amendment Right» (1966-67), 80 *Harv. L. Rev.* 1641, aux pp. 1657 et 1658.

Nombre de juristes aux États-Unis préconisent la révision de la norme énoncée dans *New York Times c. Sullivan*. L'un d'entre eux était au nombre des juges de la Cour suprême qui ont participé à cette décision. Dans *Dun & Bradstreet, Inc.*, précité, le juge White, dans des motifs minoritaires concordants auxquels le juge en chef Burger a souscrit sur ce point, a déclaré qu'il était [TRADUCTION] «convaincu que la cour a établi une pondération imprévoyante dans l'affaire *New York Times*

129

130

131

132

informed about public officials and public affairs and the competing interest of those who have been defamed in vindicating their reputation" (p. 767). He went on to state at pp. 767-69:

In a country like ours, where the people purport to be able to govern themselves through their elected representatives, adequate information about their government is of transcendent importance. That flow of intelligence deserves full First Amendment protection. Criticism and assessment of the performance of public officials and of government in general are not subject to penalties imposed by law. But these First Amendment values are not at all served by circulating false statements of fact about public officials. On the contrary, erroneous information frustrates these values. They are even more diserved when the statements falsely impugn the honesty of those men and women and hence lessen the confidence in government. As the Court said in *Gertz*: "(T)here is no constitutional value in false statements of fact. Neither the intentional lie nor the careless error materially advances society's interest in 'uninhibited, robust, and wide-open' debate on public issues." . . . Yet in *New York Times* cases, the public official's complaint will be dismissed unless he alleges and makes out a jury case of a knowing or reckless falsehood. Absent such proof, there will be no jury verdict or judgment of any kind in his favor, even if the challenged publication is admittedly false. The lie will stand, and the public continue to be misinformed about public matters. . . . Furthermore, when the plaintiff loses, the jury will likely return a general verdict and there will be no judgment that the publication was false, even though it was without foundation in reality. The public is left to conclude that the challenged statement was true after all. Their only chance of being accurately informed is measured by the public official's ability himself to counter the lie, unaided by the courts. That is a decidedly weak reed to depend on for the vindication of First Amendment interests . . .

Also, by leaving the lie uncorrected, the *New York Times* rule plainly leaves the public official without a remedy for the damage to his reputation. Yet the Court has observed that the individual's right to the protection of his own good name is a basic consideration of our

entre le droit du public d'être pleinement renseigné sur les représentants officiels et sur les affaires publiques, et le droit opposé des victimes de diffamation de défendre leur réputation» (p. 767). Puis il a ajouté, aux pp. 767 à 769:

[TRADUCTION] Dans un pays comme le nôtre, où les citoyens prétendent être en mesure de gouverner par l'intermédiaire de représentants élus, il est d'importance transcendante d'être suffisamment informé sur le gouvernement. Tous ces renseignements méritent la pleine protection du Premier amendement. La critique et l'évaluation de la prestation des représentants officiels et du gouvernement en général ne sont pas susceptibles d'être pénalisés par la loi. Toutefois, ces valeurs du Premier amendement ne sont aucunement servies par la diffusion de fausses déclarations de fait sur des représentants officiels. Bien au contraire, les faux renseignements contrecarrent ces valeurs, lesquelles sont d'autant plus mal servies lorsque les déclarations attaquent faussement l'honnêteté d'hommes et de femmes et anéantissent ainsi la confiance dans le gouvernement. Comme la cour l'a dit dans *Gertz*: «(L)es fausses déclarations de fait n'ont aucune valeur constitutionnelle. Ni le mensonge intentionnel, ni l'erreur négligente ne font avancer véritablement le droit de la société à un débat libre, vigoureux et ouvert sur des questions d'intérêt public» [. . .] Pourtant, dans les affaires du *New York Times*, la plainte du représentant officiel sera rejetée à moins qu'il allègue et convainc le jury que l'auteur savait que les déclarations étaient fausses ou ne se souciait pas qu'elles le soient. En l'absence d'une telle preuve, aucun verdict du jury ni jugement de quelque sorte ne sera prononcé en sa faveur, même si la fausseté de la publication en cause est admise. Le mensonge subsistera et le public continuera d'être mal informé sur des questions d'intérêt public [. . .] En outre, si l'action du demandeur est rejetée, il est probable que le jury prononcera un verdict général et ne conclura pas à la fausseté de la publication même si, en réalité, celle-ci est dénuée de tout fondement. Le public n'aura alors plus qu'à conclure que la déclaration attaquée était véridique, après tout. Sa seule chance d'être bien informé est mesurée en regard de la capacité du représentant officiel de réfuter le mensonge, sans l'aide des tribunaux. Il s'agit là d'un bien faible roseau sur lequel fonder la défense des droits garantis par le Premier amendement . . .

De même, en laissant persister le mensonge, la règle énoncée dans *New York Times* prive clairement le représentant officiel de toute réparation pour le tort causé à sa réputation. Pourtant, la cour a remarqué que le droit de la personne à la protection de son nom est un facteur

constitutional system, reflecting “our basic concept of the essential dignity and worth of every human being — a concept at the root of any decent system of ordered liberty.” . . .

The *New York Times* rule thus countenances two evils: first, the stream of information about public officials and public affairs is polluted and often remains polluted by false information; and second, the reputation and professional life of the defeated plaintiff may be destroyed by falsehoods that might have been avoided with a reasonable effort to investigate the facts. In terms of the First Amendment and reputational interests at stake, these seem grossly perverse results. [Emphasis added.]

In the subsequent case of *Coughlin v. Westinghouse Broadcasting & Cable, Inc.*, 476 U.S. 1187 (1986), the majority of the United States Supreme Court refused to grant *certiorari*. Burger C.J. and Rehnquist J. dissented because of their view that the court should re-examine *New York Times v. Sullivan*, *supra*, and “give plenary attention to this important issue” (p. 1187).

(ii) Consideration of the Actual Malice Rule in the United Kingdom

The courts in England have refused to adopt the “actual malice” standard. In *Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd.*, [1993] 1 All E.R. 1011, the House of Lords considered an action brought by a municipal council against the publisher of a Sunday newspaper. The claim for damages, which was denied, arose from articles concerning the authority’s management of its superannuation fund. In his reasons, Lord Keith stated that public interest considerations similar to those underlying the *New York Times v. Sullivan*, *supra*, decision were involved in that it was “of the highest public importance that a democratically elected governmental body, or indeed any governmental body, should be open to uninhibited public criticism” (p. 1017). However, the appropriateness of the “actual malice” standard was not considered and it was not incorporated into the law of England. In fact, Lord Keith stated that if the individual reputation of any of the local councillors

fondamental dans notre régime constitutionnel, qui reflète «notre concept fondamental de dignité et de valeur essentielles à tout être humain — un concept à la base de tout système acceptable de liberté ordonnée.» . . .

La règle énoncée dans *New York Times* a donc deux résultats néfastes: d’une part, le flot d’information répandu sur les représentants officiels et sur les affaires publiques est contaminé par de faux renseignements qui, fréquemment, subsistent; d’autre part, la réputation et la vie professionnelle du demandeur débouté peuvent être détruites par des mensonges qui auraient pu être évités si un effort raisonnable d’enquêter sur les faits avait été fourni. Du point de vue du Premier amendement et du droit à la réputation en jeu, ces résultats semblent très malencontreux. [Je souligne.]

Dans l’arrêt subséquent *Coughlin c. Westinghouse Broadcasting & Cable, Inc.*, 476 U.S. 1187 (1986), la Cour suprême des États-Unis à la majorité a refusé d’accorder un *certiorari*. Le juge en chef Burger et le juge Rehnquist se sont portés dissidents, étant d’avis que la cour devrait reconsidérer l’arrêt *New York Times c. Sullivan*, précité, et [TRADUCTION] «prêter toute son attention à cette importante question» (p. 1187).

(ii) L’examen de la règle de la malveillance véritable au Royaume-Uni

Les tribunaux d’Angleterre ont refusé d’adopter la norme de la «malveillance véritable». Dans *Derbyshire County Council c. Times Newspapers Ltd.*, [1993] 1 All E.R. 1011, la Chambre des lords était saisie d’une action intentée par un conseil municipal contre l’éditeur d’un journal dominical. L’action en dommages-intérêts, qui a été rejetée, procédait d’articles se rapportant à la gestion par les autorités de leur régime de retraite. Dans ses motifs, lord Keith a déclaré que des considérations d’intérêt public semblables à celles qui avaient fondé l’arrêt *New York Times c. Sullivan*, précité, étaient en jeu en ce qu’il était [TRADUCTION] «de la plus haute importance pour le public qu’un organisme gouvernemental démocratiquement élu, ou en fait tout organisme gouvernemental, puisse être critiqué librement sur la place publique» (p. 1017). Toutefois, l’opportunité de la norme de la «malveillance véritable» n’a pas été examinée, et la règle n’a pas été intégrée dans le droit anglais. En

133

134

had been wrongly damaged by the impugned publication, they could have brought an action for defamation in their personal capacity.

(iii) The Australian Position on Actual Malice

135 The Australian case of *Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), 124 A.L.R. 1 (H.C.), considered an action brought by a member of that country's House of Representatives in response to a letter to the editor of a local newspaper which was critical of his views. Although a plurality of the seven judges sitting on the High Court held that the existing law of defamation curtailed the constitutionally protected right to political discussion, it rejected the adoption of the "actual malice" standard, stating at pp. 22-23:

Even assuming that, in conformity with *Sullivan*, the test is confined to plaintiffs who are public officials, in our view it gives inadequate protection to reputation. . . .

. . . the protection of free communication does not necessitate such a subordination of the protection of individual reputation as appears to have occurred in the United States.

(iv) The Position Taken by International Law Reform Commissions

136 International law reform organizations have also criticized the *New York Times v. Sullivan* rule. The Australian Law Reform Commission's Report No. 11, *Unfair Publication: Defamation and Privacy* (the Kirby Committee Report) (1979), criticized the concept of "public official" on the basis that "a minor elected official or public servant [would be] in a more vulnerable position than a prominent businessman" (p. 252). The United Kingdom *Report of the Committee on Defamation* (the Faulks Committee Report) (1975), held that the rule "would in many cases deny a just remedy to defamed persons" (p. 169). Finally, the Irish Law Reform Commission's *Report on the Civil Law of Defamation* (the Keane Final Report) (1991), stated that "while the widest possible range of criticism of public officials and public figures is desir-

fait, lord Keith a déclaré que, si la réputation de l'un des conseillers municipaux avait été ternie à tort par la publication contestée, il aurait pu intenter une action en diffamation en sa qualité personnelle.

(iii) La position australienne à l'égard de la malveillance véritable

Dans l'affaire australienne *Theophanous c. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), 124 A.L.R. 1 (H.C.), une action était intentée par un membre de la Chambre des représentants en réponse à une lettre envoyée au rédacteur d'un journal local qui critiquait ses opinions. Bien qu'une majorité des sept juges de la Haute Cour ait conclu que le droit de la diffamation existant portait atteinte au droit constitutionnellement protégé au débat politique, elle a rejeté l'adoption de la norme de la «malveillance véritable», déclarant aux pp. 22 et 23:

[TRADUCTION] Même à supposer que, conformément à l'arrêt *Sullivan*, le critère soit confiné aux titulaires d'une charge publique, à notre avis il offre une protection inadéquate à la réputation . . .

. . . la protection de la libre communication ne requiert pas semblable subordination de la protection de la réputation d'une personne, comme il paraît s'être produit aux États-Unis.

(iv) La position des commissions de réforme du droit internationales

Les organisations internationales de réforme du droit ont également critiqué la règle énoncée dans *New York Times c. Sullivan*. Les auteurs du rapport n° 11, *Unfair Publication: Defamation and Privacy* (le Kirby Committee Report) (1979), de la Commission de réforme du droit de l'Australie, ont critiqué le concept de «représentant officiel» pour le motif qu'[TRADUCTION] «un représentant élu de rang moins élevé ou un fonctionnaire [seraient] dans une position plus vulnérable que l'homme d'affaires en vue» (p. 252). Le *Report of the Committee on Defamation* du Royaume-Uni (le Faulks Committee Report) (1975), conclut que la règle [TRADUCTION] «priverait souvent les victimes de la diffamation d'une réparation juste» (p. 169). Enfin, le *Report on the Civil Law of Defamation* (le Keane Final Report) (1991), de la Commission

able, statements of fact contribute meaningfully to public debate only if they are true” (p. 82).

(e) *Conclusion: Should the Law of Defamation be Modified by Incorporating the Sullivan Principle?*

The *New York Times v. Sullivan* decision has been criticized by judges and academic writers in the United States and elsewhere. It has not been followed in the United Kingdom or Australia. I can see no reason for adopting it in Canada in an action between private litigants. The law of defamation is essentially aimed at the prohibition of the publication of injurious false statements. It is the means by which the individual may protect his or her reputation which may well be the most distinguishing feature of his or her character, personality and, perhaps, identity. I simply cannot see that the law of defamation is unduly restrictive or inhibiting. Surely it is not requiring too much of individuals that they ascertain the truth of the allegations they publish. The law of defamation provides for the defences of fair comment and of qualified privilege in appropriate cases. Those who publish statements should assume a reasonable level of responsibility.

The Canadian Daily Newspaper Association indicated, in its response to *A Consultation Draft of the General Limitations Act* (September 1991) at p. 3, that the law of libel is a “carefully-crafted regime” which has “functioned fairly for the media and for complainants for many years”. Freedom of speech, like any other freedom, is subject to the law and must be balanced against the essential need of the individuals to protect their reputation. The words of Diplock J. in *Silkin v. Beaverbrook Newspapers Ltd.*, [1958] 1 W.L.R. 743, at pp. 745-46, are worth repeating:

de réforme du droit de l’Irlande, a déclaré que [TRADUCTION] «s’il est souhaitable que les représentants officiels et les personnalités publiques fassent l’objet d’une critique qui soit la plus vaste possible, les déclarations de fait ne contribuent de façon significative au débat public que si elles sont véridiques» (p. 82).

e) *Conclusion: Devrait-on modifier le droit de la diffamation en y introduisant le principe énoncé dans Sullivan?*

L’arrêt *New York Times c. Sullivan* a été critiqué par les juges et les auteurs aux États-Unis et ailleurs. Il n’a pas été suivi au Royaume-Uni, ni en Australie, et je ne vois aucune raison de l’adopter au Canada dans une action opposant des plaideurs privés. Le droit de la diffamation vise essentiellement à interdire la publication de propos faux et injurieux. C’est le moyen grâce auquel la personne peut protéger sa réputation, qui pourrait très bien constituer l’attribut le plus déterminant de sa moralité, de sa personnalité et peut-être même de son identité. Je ne pense tout simplement pas que le droit de la diffamation soit indûment restrictif ou inhibitif. De toute évidence, ce n’est pas trop exiger des individus qu’ils vérifient la vérité des allégations qu’ils publient. Le droit de la diffamation permet la défense du commentaire loyal et de l’immunité relative dans les cas appropriés. Ceux qui publient des déclarations devraient assumer un niveau raisonnable de responsabilité.

L’Association canadienne des éditeurs de quotidiens a indiqué, dans sa réponse à un document intitulé *A Consultation Draft of the General Limitations Act* (septembre 1991) à la p. 3, que le droit du libelle est [TRADUCTION] «un régime soigneusement élaboré [qui] a fonctionné équitablement tant pour les médias que pour les plaignants pendant de nombreuses années». La liberté de parole, comme toute autre liberté, est assujettie à la loi et doit être mesurée en regard de la nécessité essentielle pour les individus de protéger leur réputation. Les termes du juge Diplock dans *Silkin c. Beaverbrook Newspapers Ltd.*, [1958] 1 W.L.R. 743, aux pp. 745 et 746, méritent d’être répétés:

137

138

Freedom of speech, like the other fundamental freedoms, is freedom under the law, and over the years the law has maintained a balance between, on the one hand, the right of the individual . . . whether he is in public life or not, to his unsullied reputation if he deserves it, and on the other hand . . . the right of the public . . . to express their views honestly and fearlessly on matters of public interest, even though that involves strong criticism of the conduct of public people.

[TRADUCTION] Comme toute autre liberté fondamentale, la liberté de parole s'exerce en vertu du droit; au fil des ans, le droit a maintenu un équilibre entre, d'une part, le droit de la personne [. . .], qu'elle mène une vie publique ou non, à une réputation intacte, si elle le mérite et, d'autre part, [. . .] le droit du public [. . .] d'exprimer ses opinions honnêtement et sans crainte sur des questions d'intérêt public, même si cela implique une critique sévère du comportement des personnalités publiques.

139 None of the factors which prompted the United States Supreme Court to rewrite the law of defamation in America are present in the case at bar. First, this appeal does not involve the media or political commentary about government policies. Thus the issues considered by the High Court of Australia in *Theophanous, supra*, are also not raised in this case and need not be considered.

Aucun des facteurs qui ont amené la Cour suprême des États-Unis à reformuler le droit de la diffamation aux États-Unis ne se présentent en l'espèce. D'une part, le pourvoi ne porte ni sur les médias, ni sur un commentaire politique des décisions du gouvernement. Les questions examinées par la Haute Cour de l'Australie dans *Theophanous*, précité, n'ont donc pas été soulevées en l'espèce, et n'ont pas à être considérées.

140 Second, a review of jury verdicts in Canada reveals that there is no danger of numerous large awards threatening the viability of media organizations. Finally, in Canada there is no broad privilege accorded to the public statements of government officials which needs to be counterbalanced by a similar right for private individuals.

D'autre part, un examen des verdicts de jury au Canada révèle que la viabilité des organisations médiatiques n'est pas menacée par un risque de dommages-intérêts élevés et fréquents. Enfin, au Canada, on n'accorde aux déclarations publiques des représentants du gouvernement aucune immunité générale qui demande à être contrebalancée par un droit de même nature pour les particuliers.

141 In conclusion, in its application to the parties in this action, the common law of defamation complies with the underlying values of the *Charter* and there is no need to amend or alter it.

En conclusion, dans son application aux parties en l'espèce, la common law de la diffamation respecte les valeurs de la *Charte* et il n'est pas besoin de la modifier.

142 Consideration must now be given to the submission made on behalf of Morris Manning that the defence of qualified privilege should be expanded to include reports upon pleadings and court documents that have been filed or are at the point of being filed.

Il y a maintenant lieu de considérer l'argument avancé pour le compte de Morris Manning, selon lequel il y a lieu d'étendre la défense d'immunité relative aux comptes rendus concernant les actes de procédure et les documents judiciaires qui sont déposés ou sur le point de l'être.

(f) *Should the Common Law Defence of Qualified Privilege be Expanded to Comply with Charter Values?*

f) *Faut-il élargir la défense d'immunité relative en common law pour la rendre conforme aux valeurs de la Charte?*

143 Qualified privilege attaches to the occasion upon which the communication is made, and not to the communication itself. As Lord Atkinson explained in *Adam v. Ward*, [1917] A.C. 309 (H.L.), at p. 334:

L'immunité relative se rattache aux circonstances entourant la communication, et non à la communication elle-même. Comme l'explique lord Atkinson dans *Adam c. Ward*, [1917] A.C. 309 (C.L.), à la p. 334:

... a privileged occasion is ... an occasion where the person who makes a communication has an interest or a duty, legal, social, or moral, to make it to the person to whom it is made, and the person to whom it is so made has a corresponding interest or duty to receive it. This reciprocity is essential.

This passage was quoted with approval in *McLoughlin v. Kutasy*, [1979] 2 S.C.R. 311, at p. 321.

The legal effect of the defence of qualified privilege is to rebut the inference, which normally arises from the publication of defamatory words, that they were spoken with malice. Where the occasion is shown to be privileged, the *bona fides* of the defendant is presumed and the defendant is free to publish, with impunity, remarks which may be defamatory and untrue about the plaintiff. However, the privilege is not absolute and can be defeated if the dominant motive for publishing the statement is actual or express malice. See *Horrocks v. Lowe*, [1975] A.C. 135 (H.L.), at p. 149.

Malice is commonly understood, in the popular sense, as spite or ill-will. However, it also includes, as Dickson J. (as he then was) pointed out in dissent in *Cherneskey*, *supra*, at p. 1099, "any indirect motive or ulterior purpose" that conflicts with the sense of duty or the mutual interest which the occasion created. See, also, *Taylor v. Despard*, [1956] O.R. 963 (C.A.). Malice may also be established by showing that the defendant spoke dishonestly, or in knowing or reckless disregard for the truth. See *McLoughlin*, *supra*, at pp. 323-24, and *Netupsky v. Craig*, [1973] S.C.R. 55, at pp. 61-62.

Qualified privilege may also be defeated when the limits of the duty or interest have been exceeded. See *The Law of Defamation in Canada*, *supra*, at pp. 13-193 and 13-194; *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (20th ed. 1992), at pp. 166-67. As Loreburn E. stated at pp. 320-21 in *Adam v. Ward*, *supra*:

[TRADUCTION] ... il y a immunité relative [...] dans des circonstances où la personne qui donne des renseignements a un intérêt ou une obligation légale, sociale ou morale, de les donner à la personne à qui elle les fournit et la personne qui les reçoit a un intérêt ou une obligation correspondant de les recevoir. La réciprocité est essentielle.

Ce passage a été cité et approuvé dans l'arrêt *McLoughlin c. Kutasy*, [1979] 2 R.C.S. 311, à la p. 321.

La défense d'immunité relative a pour effet en droit de réfuter l'inférence, qui normalement découle de la publication de propos diffamatoires, que ceux-ci étaient motivés par la malveillance. Lorsque l'on établit qu'il y a immunité, la bonne foi du défendeur est présumée et ce dernier est alors libre de publier en toute impunité des remarques sur le demandeur, qui peuvent être diffamatoires et inexacts. Toutefois, l'immunité n'est pas absolue et peut être levée si la publication est principalement motivée par la malveillance véritable ou expresse. Voir *Horrocks c. Lowe*, [1975] A.C. 135 (C.L.), à la p. 149.

Ordinairement, la malveillance s'entend dans le sens populaire de la rancune ou de l'animosité. Toutefois, elle comprend également, comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l'a souligné en dissidence dans *Cherneskey*, précité, à la p. 1099, «tout motif indirect ou caché» qui entre en conflit avec le sens du devoir ou l'intérêt mutuel que l'occasion a créé. Voir également *Taylor c. Despard*, [1956] O.R. 963 (C.A.). On établira également l'existence de la malveillance en démontrant que le défendeur a parlé avec malhonnêteté, ou au mépris délibéré ou indifférent de la vérité. Voir *McLoughlin*, précité, aux pp. 323 et 324, et *Netupsky c. Craig*, [1973] R.C.S. 55, aux pp. 61 et 62.

L'immunité relative peut également cesser d'exister lorsqu'on a passé outre aux limites du devoir ou de l'intérêt. Voir *The Law of Defamation in Canada*, *op. cit.*, aux pp. 13-193 et 13-194; *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (20^e éd. 1992), aux pp. 166 et 167. Comme l'a dit le comte Loreburn aux pp. 320 et 321 dans *Adam c. Ward*, précité:

144

145

146

... the fact that an occasion is privileged does not necessarily protect all that is said or written on that occasion. Anything that is not relevant and pertinent to the discharge of the duty or the exercise of the right or the safeguarding of the interest which creates the privilege will not be protected.

[TRADUCTION] ... l'immunité résultant d'une situation ne couvre pas nécessairement tout ce qui est dit ou écrit à cette occasion. Ce qui n'a rien à voir avec l'exécution du devoir, avec l'exercice du droit ou avec la sauvegarde de l'intérêt qui crée l'immunité ne sera pas protégé.

147 In other words, the information communicated must be reasonably appropriate in the context of the circumstances existing on the occasion when that information was given. For example, in *Douglas v. Tucker*, [1952] 1 S.C.R. 275, the defendant, during an election campaign, stated that the plaintiff, who was the officer of an investment company, had charged a farmer and his wife an exorbitant rate of interest causing them to lose their property. The plaintiff maintained that the allegation was without foundation. In response, the defendant asserted that the plaintiff was facing a charge of fraud which had been adjourned until after the election. This Court held that the defendant had an interest in responding to the plaintiff's denial, thereby giving rise to an occasion of qualified privilege. However, it ruled that the occasion was exceeded because the defendant's comments went beyond what was "germane and reasonably appropriate" (p. 286).

En d'autres mots, l'information communiquée doit être raisonnablement appropriée dans les circonstances qui prévalaient lorsque l'information a été transmise. Par exemple, dans l'affaire *Douglas c. Tucker*, [1952] 1 R.C.S. 275, le défendeur a dit, au cours d'une campagne électorale, que le demandeur, dirigeant d'une société d'investissement, avait exigé d'un fermier et de son épouse un taux d'intérêt exorbitant qui leur avait fait perdre leur propriété. Le demandeur a soutenu que l'allégation n'était pas fondée. Le défendeur a répondu que le demandeur faisait face à une accusation de fraude qui avait été ajournée après l'élection. Notre Cour a conclu que le défendeur avait un intérêt à répondre à la dénégation du demandeur, ce qui donnait naissance à une situation d'immunité relative. Elle a cependant statué que le défendeur avait abusé de la situation parce que ses commentaires allaient au-delà de ce qui était [TRADUCTION] «pertinent et raisonnablement approprié» (p. 286).

148 In *Sun Life Assurance Co. of Canada v. Dalrymple*, [1965] S.C.R. 302, the district manager of the defendant insurance company threatened to resign and take the district agents with him. This Court held that it fell within the scope of the privilege for the company to make certain defamatory comments about the plaintiff in order to dissuade its agents from leaving.

Dans *Sun Life Assurance Co. of Canada c. Dalrymple*, [1965] R.C.S. 302, le directeur de district de la compagnie d'assurances défenderesse a menacé de démissionner et d'emmener les agents de district avec lui. Notre Cour a conclu que certains commentaires diffamatoires faits par la compagnie au sujet du demandeur, pour dissuader ses agents de partir, étaient couverts par l'immunité.

149 The principal question to be answered in this appeal is whether the recitation of the contents of the notice of motion by Morris Manning took place on an occasion of qualified privilege. If so, it remains to be determined whether or not that privilege was exceeded and thereby defeated.

La question principale à laquelle il faut répondre dans le présent pourvoi est de savoir si la lecture du contenu de l'avis de requête par Morris Manning jouissait de l'immunité relative. Dans l'affirmative, il reste à déterminer si on a abusé de l'immunité et si elle a donc cessé d'être.

150 The traditional common law rule with respect to reports on documents relating to judicial proceedings is set out in *Gatley on Libel and Slander* (8th ed. 1981), at p. 252, in these words:

La règle de common law traditionnelle relative à la description de documents liés à une procédure judiciaire est énoncée dans les termes suivants dans *Gatley on Libel and Slander* (8^e éd. 1981), à la p. 252:

The rule of law is that, where there are judicial proceedings before a properly constituted judicial tribunal exercising its jurisdiction in open court, then the publication without malice of a fair and accurate report of what takes place before that tribunal is privileged.

See, also, *The Law of Defamation in Canada*, *supra*, at pp. 14-35, 14-42; *Carter-Ruck on Libel and Slander*, *supra*, at pp. 140-41.

The rationale behind this rule is that the public has a right to be informed about all aspects of proceedings to which it has the right of access. This is why a news report referring to the contents of any document filed as an exhibit, or admitted as evidence during the course of the proceedings, is privileged. However, the common law immunity was not extended to a report on pleadings or other documents which had not been filed with the court or referred to in open court. Duff C.J. explained the reasoning for this in *Gazette Printing Co. v. Shallow* (1909), 41 S.C.R. 339, at p. 360:

The publicity of proceedings involving the conduct of a judicial authority serves the important purposes of impressing those concerned in the administration of justice with a sense of public responsibility, and of affording every member of the community an opportunity of observing for himself the mode in which the business of the public tribunals is carried on; but no such object would appear to be generally served by applying the privilege to the publication of preliminary statements of claims and defence relating only to private transactions; formulated by the parties themselves; in respect of which no judicial action has been taken, and upon which judicial action may never be invoked. It is only when such preliminary statements or the claims or defences embodied in them form the basis or the subject of some hearing before, or some action by, a court or a judicial officer, that their contents can become the object of any real public concern as touching the public administration of justice.

In *Edmonton Journal*, *supra*, at pp. 1338-40, I noted that the public scrutiny of our courts by the press was fundamentally important in our democratic society and that s. 2(b) protected not only speakers, but listeners as well. This right to report on court proceedings extended to pleadings and

[TRADUCTION] Suivant la règle de droit, lorsque des procédures judiciaires sont instituées devant un tribunal légitimement constitué, qui exerce sa compétence en séance publique, la publication sans malveillance d'un compte rendu juste et exact de ce qui se passe devant ce tribunal jouit de l'immunité.

Voir également *The Law of Defamation in Canada*, *op. cit.*, aux pp. 14-35, 14-42; *Carter-Ruck on Libel and Slander*, *op. cit.*, aux pp. 140 et 141.

Cette règle repose sur le droit du public d'être informé de tous les aspects d'une instance à laquelle il a droit d'accès. C'est la raison pour laquelle tout reportage concernant le contenu d'un document versé au dossier ou admis en preuve dans le cadre de la procédure est protégé. L'immunité de common law n'a cependant pas été étendue aux comptes rendus concernant des actes de procédure ou autres documents qui n'ont pas été déposés auprès du tribunal, ni mentionnés en audience publique. Le juge en chef Duff a expliqué la raison de cette règle dans *Gazette Printing Co. c. Shallow* (1909), 41 R.C.S. 339, à la p. 360:

[TRADUCTION] La publicité de procédures mettant en cause la conduite d'une autorité judiciaire sert deux objectifs importants: donner à ceux qui travaillent à l'administration de la justice un sens de responsabilité envers le public et offrir à chaque membre de la collectivité l'occasion d'observer par lui-même le fonctionnement des tribunaux publics; toutefois, de façon générale, on ne paraît pas servir ces objectifs en revêtant de l'immunité la publication des exposés préliminaires des réclamations et des défenses visant un litige privé, formulés par les parties elles-mêmes, relativement auxquels aucune action judiciaire n'a été instituée, et sur le fondement desquels aucune action judiciaire ne sera peut-être jamais invoquée. Ce n'est que lorsque les exposés préliminaires des réclamations ou les défenses qui y sont énoncées sont le fondement ou l'objet d'une audience devant un tribunal ou un officier de justice, ou d'une action de leur part, que leur contenu peut réellement concerner le public en ce qu'ils touche à l'administration publique de la justice.

Dans l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, aux pp. 1338 à 1340, j'ai souligné que l'examen public de nos tribunaux par la presse était fondamentalement important dans notre société démocratique et que l'al. 2b) protégeait autant celui qui s'exprime que celui qui l'écoute. Ce droit de rendre compte des

court documents filed before trial, since access to these documents served the same societal needs as reporting on trials. Even in private actions, such as those for wrongful dismissal or for personal damages, the public may well have an interest in knowing the kinds of submissions which can be put forward.

procédures judiciaires s'étendait aux actes de procédure et documents judiciaires déposés avant le procès puisque l'accès à ces documents servait, dans la société, la même exigence que les reportages sur les procès. Même dans les actions privées, comme les actions pour congédiement injustifié ou dommages-intérêts personnels, le public peut avoir quelque intérêt à connaître la nature des prétentions qui peuvent être avancées.

153 Both societal standards and the legislation have changed with regard to access to court documents. When the qualified privilege rule was set out in *Shallow, supra*, court documents were not open to the public. Today, the right of access is guaranteed by legislative provision, in this case s. 137(1) of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43. As well, s. 2(b) of the *Charter* may in some circumstances provide a basis for gaining access to some court documents. However, just as s. 137(1) provides for limitations on the right of access to court documents, so too is the s. 2(b) guarantee subject to reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society. This Court's reasons in *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122, provide an illustration of the kind of restriction that has been upheld in relation to information flowing from court proceedings. In that case, the constitutionality of s. 442(3) of the *Criminal Code* was upheld. It imposed a publication ban on the identity of a complainant in sexual assault cases (or any information that might disclose her identity) upon the request of that complainant. There is no need to elaborate further on the scope of access, however, since it does not arise on the facts of this case. It is sufficient to observe that, in appropriate circumstances, s. 2(b) may provide the means to gain access to court documents. It follows that the concept of qualified privilege should be modified accordingly.

Les normes de la société et la loi ont changé dans le domaine de l'accès aux documents judiciaires. Lorsque la règle de l'immunité relative a été énoncée dans *Shallow*, précité, le public n'avait pas accès à ces documents. Aujourd'hui, le droit d'accès est garanti par une disposition législative, en l'espèce le par. 137(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43. De même, on peut se fonder sur l'al. 2b) de la *Charte*, dans certaines circonstances, pour obtenir accès à certains documents judiciaires. Cependant, tout comme le par. 137(1) prévoit des limites au droit d'accès à des documents judiciaires, la garantie offerte par l'al. 2b) est assujettie à des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique. Les motifs, dans l'arrêt de notre Cour *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122, donnent un exemple du genre de restriction qui a été confirmée relativement à l'information découlant de procédures judiciaires. Cet arrêt a confirmé la constitutionnalité du par. 442(3) du *Code criminel* qui imposait une interdiction de publication de l'identité de la plaignante dans les affaires d'agression sexuelle (ou de tout renseignement qui pourrait dévoiler son identité) sur demande de cette plaignante. Il n'est cependant pas nécessaire de s'étendre davantage sur la portée de l'accès, puisque les faits de l'espèce ne soulèvent pas cette question. Il suffit de faire observer que, dans des circonstances appropriées, l'al. 2b) peut fournir le moyen d'obtenir l'accès à des documents judiciaires. Il faut donc modifier le concept de l'immunité relative en conséquence.

154 The public interest in documents filed with the court is too important to be defeated by the kind of technicality which arose in this case. The record

L'intérêt du public dans les documents déposés en justice est trop important pour y opposer la considération de procédure soulevée en l'espèce. Le

demonstrates that, prior to holding the press conference, Morris Manning had every intention of initiating the contempt action in accordance with the prevailing rules, and had given instructions to this effect. In fact, the proper documents were served and filed the very next morning. The fact that, by some misadventure, the strict procedural requirement of filing the documents had not been fulfilled at the time of the press conference should not defeat the qualified privilege which attached to this occasion.

This said, it is my conclusion that Morris Manning's conduct far exceeded the legitimate purposes of the occasion. The circumstances of this case called for great restraint in the communication of information concerning the proceedings launched against Casey Hill. As an experienced lawyer, Manning ought to have taken steps to confirm the allegations that were being made. This is particularly true since he should have been aware of the Scientology investigation pertaining to access to the sealed documents. In those circumstances he was duty bound to wait until the investigation was completed before launching such a serious attack on Hill's professional integrity. Manning failed to take either of these reasonable steps. As a result of this failure, the permissible scope of his comments was limited and the qualified privilege which attached to his remarks was defeated.

The press conference was held on the steps of Osgoode Hall in the presence of representatives from several media organizations. This constituted the widest possible dissemination of grievous allegations of professional misconduct that were yet to be tested in a court of law. His comments were made in language that portrayed Hill in the worst possible light. This was neither necessary nor appropriate in the existing circumstances. While it is not necessary to characterize Manning's conduct as amounting to actual malice, it was certainly high-handed and careless. It exceeded any legitimate purpose the press conference may have served. His conduct, therefore, defeated the qualified privilege that attached to the occasion.

dossier révèle qu'avant de tenir la conférence de presse, Morris Manning avait la ferme intention d'introduire l'action pour outrage conformément aux règles qui existaient alors, et qu'il avait donné des instructions dans ce sens. En fait, les documents appropriés ont été signifiés et déposés dès le lendemain matin. Le fait que, par mégarde, l'exigence procédurale de déposer les documents n'ait pas été strictement respectée au moment de la conférence de presse ne devrait pas écarter l'immunité relative qui s'appliquait à cette situation.

Ceci étant dit, je conclus que le comportement de Morris Manning a dépassé de beaucoup les objectifs légitimes de la situation. Les circonstances de l'affaire exigeaient une grande retenue dans la communication de l'information concernant les procédures lancées contre Casey Hill. Manning, en avocat expérimenté, aurait dû prendre des mesures pour confirmer les allégations qu'il allait faire. Ceci est d'autant plus vrai qu'il devait savoir que Scientology menait une enquête relativement à l'accès aux documents scellés. Dans ces circonstances, il avait le devoir d'attendre que cette investigation soit close avant de lancer contre l'intégrité professionnelle de Hill une attaque aussi grave. Manning n'a pris ni l'une ni l'autre de ces mesures raisonnables. Par suite de cette omission, la portée admissible de ses commentaires était limitée et l'immunité relative qui s'appliquait à ses remarques a cessé d'être.

La conférence de presse s'est déroulée sur les marches d'Osgoode Hall en présence de représentants de plusieurs médias. Cela constituait la publication la plus vaste possible d'allégations graves d'inconduite professionnelle non encore vérifiées devant une cour de justice. Ses commentaires décrivaient Hill sous l'éclairage le plus sombre. Cela était inutile et inconvenant dans les circonstances. Il n'est pas nécessaire de qualifier la conduite de Manning de véritable malveillance, mais elle était certainement abusive et imprudente et allait au-delà de tout objectif légitime que pouvait servir la conférence de presse. Sa conduite a donc éliminé l'immunité relative qui s'appliquait à la situation.

155

156

(B) *Damages*(1) The Standard of Appellate Review

157 The appellants do not contend that the trial judge made any substantive error in his careful directions to the jury. Thus, there is no question of misdirection of the jury or of its acting upon an improper basis or of any jury consideration given to wrongfully admitted or excluded evidence. The sole issue is whether the quantum of the jury's award can stand.

158 Jurors are drawn from the community and speak for their community. When properly instructed, they are uniquely qualified to assess the damages suffered by the plaintiff, who is also a member of their community. This is why, as Robins J.A. noted in *Walker v. CFTO Ltd.* (1987), 59 O.R. (2d) 104 (C.A.), at p. 110, it is often said that the assessment of damages is "peculiarly the province of the jury". Therefore, an appellate court is not entitled to substitute its own judgment as to the proper award for that of the jury merely because it would have arrived at a different figure.

159 The basis upon which an appellate court can act was very clearly enunciated by Robins J.A. in *Walker, supra*. He stated at p. 110 that the court should consider:

... whether the verdict is so inordinately large as obviously to exceed the maximum limit of a reasonable range within which the jury may properly operate or, put another way, whether the verdict is so exorbitant or so grossly out of proportion to the libel as to shock the court's conscience and sense of justice.

160 The history of this action emphasizes the reasonableness of the jury's verdict. It was the appellants who had always insisted upon the jury assessing damages for the libel. When the jury had retired to consider their verdict, they returned after four hours with the sagacious question: "what if any are realistic maximums that have been assessed by society in recent history?". The trial judge prudently sought the advice of counsel on

(B) *Les dommages-intérêts*(1) La norme de contrôle en appel

Les appelants ne font pas valoir que le juge du procès a commis une erreur fondamentale dans les directives soignées qu'il a données au jury. Aussi, n'est-il pas question de directives erronées, ni d'un jury agissant sur un fondement incorrect, ni d'une considération accordée par le jury à des éléments de preuve admis ou écartés erronément. La seule question est de savoir si le montant accordé par le jury peut être maintenu.

Les jurés sont issus de la communauté et s'expriment au nom de celle-ci. Pourvus de directives appropriées, ils sont les seuls qualifiés pour évaluer le tort causé au demandeur, lui aussi membre de la communauté. C'est la raison pour laquelle, comme le juge Robins l'a signalé dans *Walker c. CFTO Ltd.* (1987), 59 O.R. (2d) 104 (C.A.), à la p. 110, on dit fréquemment que l'évaluation des dommages relève [TRADUCTION] «particulièrement de la compétence du jury». Par conséquent, le tribunal d'appel ne peut substituer sa propre opinion à celle du jury quant au montant approprié uniquement parce qu'il en serait arrivé à un montant différent.

Le fondement sur lequel le tribunal d'appel peut intervenir a été très clairement énoncé par le juge Robins dans l'arrêt *Walker*, précité, à la p. 110, où il dit que le tribunal doit se demander:

[TRADUCTION] ... si le verdict est si extraordinairement élevé qu'il excède de toute évidence la limite maximale d'une échelle raisonnable à l'intérieur de laquelle le jury peut légitimement agir, ou en d'autres termes, si le verdict est si exorbitant ou si manifestement exagéré par rapport au libelle qu'il choque la conscience de la cour et le sentiment de justice.

L'historique de l'action fait ressortir le caractère raisonnable du verdict du jury. Ce sont les appelants qui ont toujours insisté pour que le jury évalue les dommages-intérêts pour le libelle. Le jury s'est retiré pour délibérer, puis est revenu après quatre heures pour poser une question judicieuse: [TRADUCTION] «quels sont, le cas échéant, les montants réalistes les plus élevés qui ont été accordés par la société dans l'histoire récente?». Le juge du

the question. Counsel for the appellants agreed with the trial judge that no guidance could be given to the jury as to the quantum of damages. The jury was so advised. They deliberated for another five hours and returned the verdict which is the subject matter of this appeal.

There can be no doubt that the decision of the trial judge on this issue, which was concurred in by counsel for the appellants, was correct. In Ontario, there is no statutory provision for giving guidelines to a jury on this issue. It is significant that in 1989, when the *Courts of Justice Act* was amended (S.O. 1989, c. 67, s. 4) to permit trial judges and counsel to give guidance to juries concerning damage awards in personal injury actions, no provision was made in the Act pertaining to libel actions or any other type of tort action. It would appear, then, that the legislators specifically left the assessment of damages in libel actions to the jury.

The appellants relied upon the case of *Rantzen v. Mirror Group Newspapers (1986) Ltd.*, [1993] 4 All E.R. 975 (C.A.), to support their position that an appellate court should reduce this award. In that case, however, the English Court of Appeal was acting pursuant to newly enacted legislation. This legislation, passed in 1990, specifically provided that, in cases where the court had the authority to order a new trial on the ground that the damages awarded by a jury were excessive or inadequate, it could, instead of ordering a new trial, substitute a sum for damages which it considered to be proper. This statutory provision led the court in *Rantzen* to modify its approach to the review of a jury's assessment of damages. Therefore, this case is of little use.

If guidelines are to be provided to juries, then clearly this is a matter for legislation. In its absence, the standard which must be applied remains that the jury's assessment should not be

procès a sagement demandé l'avis des avocats sur la question. L'avocat des appelants a convenu avec le juge du procès qu'aucune directive ne pouvait être donnée au jury quant au montant des dommages-intérêts. Le jury en a été avisé. Il a délibéré pendant encore cinq heures, puis a prononcé le verdict qui fait l'objet du présent pourvoi.

Il est certain que la décision du juge du procès sur cette question, à laquelle a souscrit l'avocat des appelants, était correcte. En Ontario, aucune disposition législative ne prévoit que le jury doit recevoir des directives sur la question. Il est intéressant de noter qu'en 1989, lorsque la *Loi sur les tribunaux judiciaires* a été modifiée (L.O. 1989, ch. 67, art. 4) pour permettre aux juges de première instance et aux avocats de conseiller le jury relativement au montant des dommages-intérêts dans les actions pour blessures corporelles, on n'a prévu dans la Loi aucune disposition se rapportant aux actions en libelle ou à toute autre forme d'action en responsabilité délictuelle. Il semble donc que le législateur ait expressément laissé au jury la tâche d'évaluer les dommages-intérêts dans les actions en libelle.

Les appelants ont invoqué l'arrêt *Rantzen c. Mirror Group Newspapers (1986) Ltd.*, [1993] 4 All E.R. 975 (C.A.), pour soutenir qu'un tribunal d'appel devrait réduire ce montant. Dans cette affaire, toutefois, la cour d'appel de l'Angleterre agissait conformément à une loi adoptée peu de temps auparavant. Adoptée en 1990, cette loi prévoit expressément que, lorsque la cour a le pouvoir d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour le motif que les dommages-intérêts accordés par le jury sont excessifs ou insuffisants, elle peut, au lieu d'ordonner un nouveau procès, substituer à la somme fixée par le jury les dommages-intérêts qu'elle estime justes. Cette disposition a incité la cour dans l'arrêt *Rantzen* à modifier sa position quant au contrôle de l'évaluation des dommages-intérêts par le jury. Par conséquent, cette affaire n'est guère utile.

Si des directives doivent être données au jury, c'est manifestement à la législation de le faire. À défaut, la règle demeure: l'évaluation par le jury ne sera modifiée que si elle choque la conscience de

161

162

163

varied unless it shocks the conscience of the court. With this in mind, let us first consider the jury's assessment of damages.

(2) General Damages

164 It has long been held that general damages in defamation cases are presumed from the very publication of the false statement and are awarded at large. See *Ley v. Hamilton* (1935), 153 L.T. 384 (H.L.), at p. 386. They are, as stated, peculiarly within the province of the jury. These are sound principles that should be followed.

165 The consequences which flow from the publication of an injurious false statement are invidious. The television report of the news conference on the steps of Osgoode Hall must have had a lasting and significant effect on all who saw it. They witnessed a prominent lawyer accusing another lawyer of criminal contempt in a setting synonymous with legal affairs and the courts of the province. It will be extremely difficult to correct the impression left with viewers that Casey Hill must have been guilty of unethical and illegal conduct.

166 The written words emanating from the news conference must have had an equally devastating impact. All who read the news reports would be left with a lasting impression that Casey Hill has been guilty of misconduct. It would be hard to imagine a more difficult situation for the defamed person to overcome. Every time that person goes to the convenience store, or shopping centre, he will imagine that the people around him still retain the erroneous impression that the false statement is correct. A defamatory statement can seep into the crevasses of the subconscious and lurk there ever ready to spring forth and spread its cancerous evil. The unfortunate impression left by a libel may last a lifetime. Seldom does the defamed person have the opportunity of replying and correcting the record in a manner that will truly remedy the situation. It is members of the community in which the defamed person lives who will be best able to assess the damages. The jury as representative of that community should be free to make an assessment of damages which will provide the plaintiff

la cour. Tout en gardant cet élément à l'esprit, voyons d'abord l'évaluation des dommages-intérêts par le jury.

(2) Les dommages-intérêts généraux

Il est établi depuis longtemps que, dans les affaires de diffamation, la publication même d'une fausse déclaration crée la présomption qu'il y a lieu normalement à dommages-intérêts généraux. Voir *Ley c. Hamilton* (1935), 153 L.T. 384 (C.L.), à la p. 386. Cela relève particulièrement, je le répète, de la compétence du jury. Il s'agit là de principes sages que l'on doit respecter.

Les conséquences de la publication de déclarations fausses et injurieuses sont pernicieuses. Le reportage télévisé de la conférence de presse devant Osgoode Hall a dû marquer les téléspectateurs de façon durable et significative. Ils ont pu voir un avocat en vue d'accuser un confrère d'outrage au criminel, dans un cadre qui évoque le droit et la justice. Il sera extrêmement difficile de corriger l'impression laissée chez les téléspectateurs que Casey Hill devait être coupable de conduite déloyale et illégale.

Les écrits émanant de la conférence de presse ont dû avoir un impact aussi dévastateur. Tous les lecteurs des articles seraient alors marqués par l'impression persistante que Casey Hill avait agi incorrectement. Il serait difficile d'imaginer une situation plus difficile à surmonter pour la victime de diffamation. Chaque fois qu'elle se rend à un magasin, elle s' imagine que les gens autour d'elle ont gardé la fausse impression que les propos mensongers étaient exacts. Une déclaration diffamatoire peut s'infiltrer dans les crevasses du subconscient et y demeurer, toujours prête à surgir et à répandre son mal cancéreux. L'impression malencontreuse laissée par un libelle peut subsister indéfiniment. Il est rare que la victime de diffamation puisse répondre et dissiper le doute d'une manière qui remédie véritablement à la situation. Ce sont les membres de la communauté dans laquelle vit la victime qui sont les mieux à même d'évaluer le préjudice. Le jury, en tant que représentant de cette communauté, doit être libre d'effectuer une évaluation des dommages-intérêts que le demandeur est

with a sum of money that clearly demonstrates to the community the vindication of the plaintiff's reputation.

(a) *Should a Cap be Imposed on Damages in Defamation Cases?*

The appellants contend that there should be a cap placed on general damages in defamation cases just as was done in the personal injury context. In the so-called "trilogy" of *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287, and *Thornton v. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267, it was held that a plaintiff claiming non-pecuniary damages for personal injuries should not recover more than \$100,000.

In my view, there should not be a cap placed on damages for defamation. First, the injury suffered by a plaintiff as a result of injurious false statements is entirely different from the non-pecuniary damages suffered by a plaintiff in a personal injury case. In the latter case, the plaintiff is compensated for every aspect of the injury suffered: past loss of income and estimated future loss of income, past medical care and estimated cost of future medical care, as well as non-pecuniary damages. Second, at the time the cap was placed on non-pecuniary damages, their assessment had become a very real problem for the courts and for society as a whole. The damages awarded were varying tremendously not only between the provinces but also between different districts of a province. Perhaps as a result of motor vehicle accidents, the problem arose in the courts every day of every week. The size and disparity of assessments was affecting insurance rates and, thus, the cost of operating motor vehicles and, indeed, businesses of all kinds throughout the land. In those circumstances, for that one aspect of recovery, it was appropriate to set a cap.

fondé à recevoir et qui démontrent clairement à la communauté que sa réputation a été restaurée.

a) *Faut-il fixer un plafond aux dommages-intérêts dans les affaires de diffamation?*

Les appelants soutiennent que l'on devrait imposer un plafond aux dommages-intérêts généraux accordés dans les affaires de diffamation, tout comme on l'a fait dans le contexte des blessures corporelles. Ce que l'on appelle la «trilogie» de *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287, et *Thornton c. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267, a établi que le demandeur de dommages-intérêts non pécuniaires pour blessures corporelles ne devrait pouvoir obtenir plus de 100 000 \$.

À mon avis, on ne devrait imposer aucun maximum aux dommages-intérêts accordés en matière de diffamation. Premièrement, le tort subi par un demandeur du fait de déclarations fausses et injurieuses est complètement différent des dommages non pécuniaires subis par le demandeur dans une affaire de blessures corporelles. Dans ce dernier cas, le demandeur reçoit une compensation pour chaque aspect de la blessure subie: la perte de revenu passée et future, le coût des soins médicaux passés et futurs, de même que des dommages-intérêts non pécuniaires. Deuxièmement, à l'époque où le plafond a été fixé à l'égard des dommages-intérêts non pécuniaires, leur évaluation était devenu un problème aigu pour les tribunaux et la société en général. Les dommages-intérêts accordés variaient considérablement non seulement d'une province à l'autre, mais également d'un district à l'autre d'une même province. Peut-être était-ce en raison des accidents automobiles, mais le problème se présentait quotidiennement devant les tribunaux. L'ampleur et la disparité des évaluations avaient un impact sur les primes d'assurance et, par le fait même, sur le coût d'opération des véhicules à moteur et, en fait, sur des entreprises de toutes sortes partout au pays. Dans ces circonstances, pour ce seul aspect du recouvrement, il convenait de fixer un plafond.

167

168

169

A very different situation is presented with respect to libel actions. In these cases, special damages for pecuniary loss are rarely claimed and often exceedingly difficult to prove. Rather, the whole basis for recovery for loss of reputation usually lies in the general damages award. Further, a review of the damage awards over the past nine years reveals no pressing social concern similar to that which confronted the courts at the time the trilogy was decided. From 1987 to 1991, there were only 27 reported libel judgments in Canada, with an average award of \$30,000. Subsequent to the decision in this case, from 1992 to 1995, there have been 24 reported libel judgments, with an average award of less than \$20,000. This later figure does not include the award in *Jill Fishing Ltd. v. Koranda Management Inc.*, [1993] B.C.J. No. 1861 (S.C.), which involved the assessment of damages for a number of different causes of action. Therefore, there is no indication that a cap is required in libel cases.

Les actions en libelle présentent une situation très différente. Dans ces affaires, on réclame rarement des dommages-intérêts spéciaux pour perte pécuniaire, lesquels sont souvent extrêmement difficiles à établir. Normalement, le seul fondement de la réparation pour atteinte à la réputation se trouve dans les dommages-intérêts généraux. En outre, un examen des dommages-intérêts accordés au cours des neuf dernières années ne révèle aucune préoccupation sociale urgente semblable à celle avec laquelle les tribunaux étaient aux prises à l'époque de la trilogie. De 1987 à 1991, on n'a rapporté que 27 décisions en matière de libelle au Canada, la moyenne des montants accordés se situant à 30 000 \$. Après la décision en l'espèce, de 1992 à 1995, on a rapporté 24 décisions en matière de libelle, la moyenne des montants accordés s'élevant à 20 000 \$. Ce dernier chiffre n'inclut pas le montant accordé dans *Jill Fishing Ltd. c. Koranda Management Inc.*, [1993] B.C.J. No. 1861 (C.S.), qui mettait en cause une évaluation des dommages-intérêts dans différentes causes d'action. Par conséquent, rien n'indique qu'un maximum soit requis dans les affaires de libelle.

170

There is a great difference in the nature of the tort of defamation and that of negligence. Defamation is the intentional publication of an injurious false statement. While it is true that an actual intention to defame is not necessary to impose liability on a defendant, the intention to do so is nevertheless inferred from the publication of the defamatory statement. This gives rise to the presumption of malice which may be displaced by the existence of a qualified privilege. Personal injury, on the other hand, results from negligence which does not usually arise from any desire to injure the plaintiff. Thus, if it were known in advance what amount the defamer would be required to pay in damages (as in the personal injury context), a defendant might look upon that sum as the maximum cost of a licence to defame. A cap would operate in a manner that would change the whole character and function of the law of defamation. It would amount to a radical change in policy and direction for the courts.

Il existe une énorme différence dans la nature du préjudice causé par la diffamation et celui causé par la négligence. La diffamation est la publication intentionnelle d'une déclaration fautive et injurieuse. S'il est vrai que l'intention véritable de diffamer n'est pas nécessaire pour déclarer le défendeur responsable, la publication de la déclaration diffamatoire permet néanmoins de déduire l'existence de cette intention. Cela donne naissance à la présomption de malveillance que peut écarter l'existence d'une immunité relative. En revanche, les blessures corporelles résultent d'une négligence qui ne provient ordinairement pas du désir de blesser le demandeur. Par conséquent, si l'auteur de la diffamation connaissait à l'avance le montant des dommages-intérêts qu'il sera tenu de payer (comme dans le contexte des blessures corporelles), il pourrait considérer cette somme comme le prix maximal à payer pour être autorisé à diffamer. Un plafond aurait pour effet de modifier la nature et la fonction entières du droit de la diffamation. Il entraînerait un changement radical dans la politique et la direction des tribunaux.

The courts in England have unequivocally rejected the comparison of libel and personal injury cases. See, for example, *Cassell & Co. v. Broome*, [1972] 1 All E.R. 801 (H.L.), at p. 824; *Blackshaw v. Lord*, [1983] 2 All E.R. 311 (C.A.), at pp. 337, 340; *Sutcliffe v. Pressdram Ltd.*, [1990] 1 All E.R. 269 (C.A.), at pp. 281-82, 289; and *Rantzen v. Mirror Group Newspapers (1986) Ltd.*, *supra*.

It is true that in Australia a majority of the High Court held in *Carson v. John Fairfax & Sons Ltd.* (1993), 113 A.L.R. 577, that some useful reference could be made to personal injury cases in assessing general damages. However, the 4-3 division in the court shows the serious concern which this issue engendered. McHugh J., a member of the minority, wrote (at p. 629):

Awards in personal injury cases and defamation actions serve different purposes, have different elements and different histories. They are not comparable. I think that it is a mistake to believe that the pain and suffering component of a personal injury award can be isolated from the other components of that award and then compared to an award of compensatory damages in a defamation action.

In any event, I would observe that, if the trilogy were to be applied, the value of the cap in 1991 would be approximately \$250,000. It follows that even if the appellants' contention on this issue was accepted, the general damages of \$300,000 assessed by the jury would come very close to the range said to be reasonable by the appellants.

(b) *Joint Liability for General Damages*

Manning complains that the judge erred in refusing to accept his request that the verdict in general damages be rendered separately. He argues that his liability should be limited to the statement he made at the press conference and should not extend to the subsequent circulation of the notice of motion. The trial judge's error, he argues, con-

En Angleterre, les tribunaux ont sans aucune équivoque rejeté la comparaison entre les affaires de libelle et les affaires de blessures corporelles. Voir par exemple *Cassell & Co. c. Broome*, [1972] 1 All E.R. 801 (C.L.), à la p. 824; *Blackshaw c. Lord*, [1983] 2 All E.R. 311 (C.A.), aux pp. 337, 340; *Sutcliffe c. Pressdram Ltd.*, [1990] 1 All E.R. 269 (C.A.), aux pp. 281, 282 et 289, et *Rantzen c. Mirror Group Newspapers (1986) Ltd.*, précité.

Il est vrai qu'en Australie, la Haute Cour à la majorité a conclu, dans *Carson c. John Fairfax & Sons Ltd.* (1993), 113 A.L.R. 577, que l'on pouvait utilement se référer aux affaires de blessures corporelles pour évaluer les dommages-intérêts généraux. Toutefois, la décision partagée du tribunal (4 contre 3) révèle le sérieux débat que cette question a engendré. Le juge McHugh, qui faisait partie de la minorité, a écrit à la p. 629:

[TRADUCTION] Les dommages-intérêts dans les actions pour blessures corporelles et les actions en diffamation ont des objectifs, des composantes et des origines différents. Ils ne sont pas comparables. Je pense que c'est une erreur de croire que l'élément de la douleur et la souffrance dans les cas de blessures personnelles peut être isolé des autres composantes des dommages-intérêts pour être comparé aux dommages-intérêts compensateurs accordés pour la diffamation.

Quoi qu'il en soit, je remarquerais que, si la trilogy devait être appliquée, le montant maximal en 1991 équivaldrait approximativement à 250 000 \$. Il s'ensuit donc que, même si la prétention des appelants sur cette question était retenue, les dommages-intérêts généraux que le jury a fixés à 300 000 \$ sont très près de la marge que les appelants considèrent raisonnable.

b) *La responsabilité solidaire à l'égard des dommages-intérêts généraux*

Manning prétend que le juge a commis une erreur en rejetant sa demande que le verdict concernant les dommages-intérêts généraux soit rendu séparément. Il fait valoir que sa responsabilité devrait être limitée à la déclaration qu'il a faite lors de la conférence de presse et ne devrait pas s'étendre à la publication subséquente de l'avis de

171

172

173

174

tributed to the very high award by the jury. This position cannot be accepted.

requête. L'erreur du juge du procès, soutient-il, a amené le jury à accorder un montant élevé. Cette prétention ne saurait être retenue.

175 It must be remembered that at trial: a) it was the position of Manning's counsel that Manning and Scientology should be jointly and severally liable for general damages in respect of each of the defamatory statements published by them; b) Scientology admitted that it published each of the defamatory statements at issue in the action; c) Manning admitted that he published each of the defamatory statements with the exception of the notice of motion; and d) the jury specifically found that Manning published the notice of motion.

Il faut se rappeler qu'au procès: a) l'avocat de Manning a fait valoir que son client et Scientology devaient être tenus solidairement responsables des dommages-intérêts généraux relativement à chacune des déclarations diffamatoires publiées par eux; b) Scientology a admis avoir publié chacune des déclarations diffamatoires en question dans l'action; c) Manning a admis avoir publié chacune des déclarations diffamatoires, à l'exception de l'avis de requête; et d) le jury a conclu expressément que Manning avait publié l'avis de requête.

176 Thus, both Manning and Scientology published the notice of motion. It is a well-established principle that all persons who are involved in the commission of a joint tort are jointly and severally liable for the damages caused by that tort. If one person writes a libel, another repeats it, and a third approves what is written, they all have made the defamatory libel. Both the person who originally utters the defamatory statement, and the individual who expresses agreement with it, are liable for the injury. It would thus be inappropriate and wrong in law to have a jury attempt to apportion liability either for general or for special damages between the joint tortfeasors Manning and Scientology. See *Lawson v. Burns*, [1976] 6 W.W.R. 362 (B.C.S.C.), at pp. 368-69; *Gatley on Libel and Slander* (8th ed.), *supra*, at p. 600. However, this comment does not apply to aggravated damages, which are assessed on the basis of the particular malice of each joint tortfeasor.

Manning et Scientology ont donc tous deux publié l'avis de requête. Il est un principe bien établi que tous ceux qui participent à la perpétration d'un délit sont solidairement responsables pour le préjudice ainsi causé. L'auteur d'un libelle, celui qui le répète, et celui qui approuve l'écrit, se rendent tous trois coupables de libelle diffamatoire. La personne qui prononce pour la première fois la déclaration diffamatoire et celle qui exprime son accord sont toutes deux responsables du préjudice. Il serait donc injuste et erroné en droit de demander au jury de répartir la responsabilité quant aux dommages-intérêts généraux ou spéciaux entre les co-auteurs du délit, Manning et Scientology. Voir *Lawson c. Burns*, [1976] 6 W.W.R. 362 (C.S.C.-B.), aux pp. 368 et 369; *Gatley on Libel and Slander* (8^e éd.), *op. cit.*, à la p. 600. Ce commentaire ne s'applique cependant pas aux dommages-intérêts majorés qui sont évalués en fonction de la malveillance particulière de chacun des co-auteurs du préjudice.

(c) *Application of Principles to the Facts Established in this Case*

c) *L'application des principes aux faits établis en l'espèce*

177 It cannot be forgotten that at the time the libelous statement was made, Casey Hill was a young lawyer in the Crown Law office working in the litigation field. For all lawyers their reputation is of paramount importance. Clients depend on the integrity of lawyers, as do colleagues. Judges rely upon commitments and undertakings given to them by counsel. Our whole system of administra-

Il ne faut pas oublier qu'à l'époque où la déclaration diffamatoire a été faite, Casey Hill était un jeune avocat du Bureau des avocats de la Couronne, travaillant dans le domaine du contentieux. Pour tous les avocats, la réputation revêt une importance prépondérante. Les clients, tout comme les collègues, comptent sur l'intégrité des avocats. Et les juges se fient à leurs engagements et à leurs

tion of justice depends upon counsel's reputation for integrity. Anything that leads to the tarnishing of a professional reputation can be disastrous for a lawyer. It matters not that subsequent to the publication of the libel, Casey Hill received promotions, was elected a bencher and eventually appointed a trial judge in the General Division of the Court of Ontario. As a lawyer, Hill would have no way of knowing what members of the public, colleagues, other lawyers and judges may have been affected by the dramatic presentation of the allegation that he had been instrumental in breaching an order of the court and that he was guilty of criminal contempt.

This nagging doubt and sense of hurt must have affected him in every telephone call he made and received in the course of his daily work, in every letter that he sent and received and in every appearance that he made before the courts of the province of Ontario. He would never know who, as a result of the libellous statement, had some lingering suspicion that he was guilty of misconduct which was criminal in nature. He would never know who might have believed that he was a person without integrity who would act criminally in the performance of his duties as a Crown counsel. He could never be certain who would accept the allegation that he was guilty of a criminal breach of trust which was the essential thrust of the libel.

The publication of the libellous statement was very carefully orchestrated. Members of the press and the television media attended at Osgoode Hall in Toronto to meet two prominent lawyers, Morris Manning and Clayton Ruby. Osgoode Hall is the seat of the Court of Appeal and the permanent residence of the Law Society. The building is used as the background in a great many news reports dealing with important cases emanating from the Court of Appeal. In the minds of the public, it is associated with the law, with the courts and with the justice system. Manning went far beyond a simple explanation of the nature of the notice of motion. He took these very public steps without investigating in any way whether the allegations made were true.

promesses. Tout notre système d'administration de la justice repose sur la réputation d'intégrité des avocats. Tout ce qui a pour effet de ternir une réputation professionnelle peut être désastreux pour un avocat. Il importe peu qu'après la publication du libelle, Casey Hill ait reçu des promotions, ait été élu conseiller de la Société du barreau, puis nommé juge de première instance à la Division générale de la Cour de l'Ontario. À titre d'avocat, Hill n'avait aucun moyen de savoir qui du public, des collègues, des confrères et des juges avait été influencé par la présentation théâtrale de l'allégation suivant laquelle il avait contribué à violer l'ordonnance d'un tribunal et s'était rendu coupable d'outrage au criminel.

Ce doute persistant et cette blessure l'ont sûrement importuné lorsqu'il a fait ou reçu des appels téléphoniques dans le cadre de son travail quotidien, ou lorsqu'il a envoyé ou reçu des lettres et comparu devant les tribunaux de la province de l'Ontario. Il ne saurait jamais qui, en raison de la déclaration diffamatoire, le soupçonnait vaguement d'être coupable de conduite criminelle. Il ne saurait jamais qui pouvait avoir cru qu'il était dénué d'intégrité et agissait criminellement dans l'exécution de ses fonctions à titre de substitut du procureur général. Il ne saurait jamais avec certitude qui avait cru l'allégation qu'il était coupable d'abus de confiance criminel, l'essence même du libelle en l'espèce.

La publication de la déclaration diffamatoire a été très soigneusement orchestrée. Des membres de la presse écrite et télévisée se sont présentés à Osgoode Hall à Toronto pour rencontrer deux avocats éminents, Morris Manning et Clayton Ruby. Osgoode Hall abrite la Cour d'appel et la Société du barreau. L'immeuble sert d'arrière-plan à de nombreux reportages consacrés aux causes importantes portées en Cour d'appel. Dans l'esprit du public, ce lieu est associé au droit, aux tribunaux et au système de justice. Manning ne s'est pas contenté de simplement expliquer la nature de l'avis de requête. Il a pris des mesures très publiques sans avoir essayé de vérifier le bien-fondé de ses allégations.

180 At the time this press conference was called, Scientology members had been working with the sealed documents for some time and they had not yet discovered any of the sealed documents to have been opened. Yet, Scientology persisted in the publication of this libel against Hill, who was listed in their files as an “enemy”.

181 Hill movingly described the effect the reading of the press reports of the press conference had upon him and of viewing the television broadcast. He put it in this way:

I was sick. I was shocked. I understood from reading it that it related to access to the documents. The type of thing that Mr. Ruby and I had been dealing with over many months, and I was just incredulous.

. . .

I was horrified when I saw it. I had had a long history of dealing with counsel for the Church of Scientology. Small problems, medium-sized problems and very serious problems had been raised between us.

Every effort was made to answer those issues as they came up. When I saw the newscast, I realized that there was really nothing I could do to stop the information from getting out. I thought it was false. I thought it was a very dramatic representation. A well-known lawyer as Mr. Manning was — and he was gowned.

. . .

And he was standing before the High Court. The indication that I had been involved in opening sealed documents and giving permission was totally false. For me, in seeing it, it was equivalent to saying I was a cheat and that I had obstructed the course of justice. It was an attack on my professional reputation and I had no way of stopping it.

. . .

I also have no way of knowing whether there are people in the community who would be in a position to place some reliance on the fact that regardless of the outcome of the criminal case, Manning, a prominent lawyer, and the Church of Scientology of Toronto, had still expressed a view on September 17th.

À l'époque où la conférence de presse a été convoquée, les membres de Scientology vérifiaient depuis quelque temps les documents scellés, sans en avoir trouvé un seul qui ait été ouvert. Pourtant, Scientology a persisté à publier son libelle contre Hill, qui était qualifié d'«ennemi» dans leur dossier.

Hill a décrit de façon émouvante ce qu'il avait ressenti lorsqu'il a lu les articles rédigés sur la conférence de presse et vu le reportage télévisé. Il a décrit ainsi sa réaction:

[TRADUCTION] Cela m'a rendu malade. J'étais en état de choc. Lorsque je l'ai lu, j'ai compris qu'il s'agissait de l'accès aux documents. Le genre de choses dont M. Ruby et moi avons traité pendant plusieurs mois, et je ne pouvais tout simplement pas le croire.

. . .

J'étais horrifié lorsque je l'ai vu. Je travaillais depuis longtemps avec les avocats de l'Église de scientologie. De nombreux problèmes, allant du plus insignifiant au plus sérieux, s'étaient posés entre nous.

Nous nous efforcions de résoudre ces problèmes dès qu'ils se présentaient. Lorsque j'ai vu le reportage, j'ai réalisé que je ne pouvais véritablement rien faire pour empêcher la diffusion des renseignements. Je pensais que c'était faux, qu'il s'agissait d'une représentation très dramatique. Un avocat bien connu comme M. Manning était — et il était vêtu de sa toge.

. . .

Et il se tenait devant la Haute Cour. L'allégation que j'avais participé à l'ouverture de documents scellés et donné l'autorisation est complètement fausse. J'ai eu l'impression, en voyant cela, qu'on me traitait de tricheur et que j'avais entravé le cours de la justice. C'était une attaque à ma réputation professionnelle et je n'avais aucun moyen d'y mettre fin.

. . .

Je n'avais également aucun moyen de savoir si des gens de la collectivité accorderaient une certaine importance au fait que, quelle que soit l'issue de l'affaire criminelle, Manning, un avocat en vue, et l'Église de scientologie de Toronto, avaient tout de même exprimé une opinion le 17 septembre.

The factors which should be taken into account in assessing general damages are clearly and concisely set out in *Gatley on Libel and Slander* (8th ed.), *supra*, at pp. 592-93, in these words:

SECTION 1. ASSESSMENT OF DAMAGES

1451. Province of the jury. In an action of libel “the assessment of damages does not depend on any legal rule.” The amount of damages is “peculiarly the province of the jury,” who in assessing them will naturally be governed by all the circumstances of the particular case. They are entitled to take into their consideration the conduct of the plaintiff, his position and standing, the nature of the libel, the mode and extent of publication, the absence or refusal of any retraction or apology, and “the whole conduct of the defendant from the time when the libel was published down to the very moment of their verdict. They may take into consideration the conduct of the defendant before action, after action, and in court at the trial of the action,” and also, it is submitted, the conduct of his counsel, who cannot shelter his client by taking responsibility for the conduct of the case. They should allow “for the sad truth that no apology, retraction or withdrawal can ever be guaranteed completely to undo the harm it has done or the hurt it has caused.” They should also take into account the evidence led in aggravation or mitigation of the damages.

There will of necessity be some overlapping of the factors to be considered when aggravated damages are assessed. This can be seen from a further reference to the *Gatley* text at pp. 593-94 where this appears:

1452. Aggravated damages. The conduct of the defendant, his conduct of the case, and his state of mind are thus all matters which the plaintiff may rely on as aggravating the damages. “Moreover, it is very well established that in cases where the damages are at large the jury (or the judge if the award is left to him) can take into account the motives and conduct of the defendant where they aggravate the injury done to the plaintiff. There may be malevolence or spite or the manner of committing the wrong may be such as to injure the plaintiff’s proper feelings of dignity and pride. These are matters which the jury can take into account in assessing the appropriate compensation.” “In awarding ‘aggravated damages’ the natural indignation of the court at the injury inflicted on the plaintiff is a perfectly

Les facteurs dont il faut tenir compte dans l’évaluation des dommages-intérêts généraux sont exposés de façon claire et concise dans l’ouvrage *Gatley on Libel and Slander* (8^e éd.), *op. cit.*, aux pp. 592 et 593:

[TRADUCTION] SECTION 1. ÉVALUATION DES DOMMAGES-INTÉRÊTS

1451. Compétence du jury. Dans une action en libelle, «l’évaluation des dommages-intérêts ne dépend d’aucune règle légale». Le montant des dommages-intérêts est «particulièrement de la compétence du jury» qui, en les évaluant, sera naturellement guidé par toutes les circonstances de l’affaire. Il est fondé à tenir compte de la conduite du demandeur, de sa situation et de son statut, de la nature du libelle, du mode et de la portée de la publication, de l’absence ou du refus de toute rétractation ou excuse, et de «l’ensemble de la conduite du défendeur à partir de la publication du libelle jusqu’au moment même de son verdict. Il peut tenir compte de la conduite du défendeur avant l’action, après l’action et pendant l’audition de l’action», et aussi, soutient-on, de la conduite de son avocat qui ne peut pas couvrir son client en prenant la responsabilité de la façon dont l’affaire est menée. Il doit reconnaître «la triste réalité qu’aucune excuse, aucune rétractation ou aucun retrait ne peut jamais assurer que seront complètement effacés le mal ou le préjudice causés». Il doit également tenir compte de la preuve présentée relativement à la majoration ou à la réduction des dommages.

Il y aura nécessairement un certain chevauchement des facteurs à considérer dans l’évaluation des dommages-intérêts majorés. On peut le constater à la lecture de cet autre extrait de *Gatley*, aux pp. 593 et 594:

[TRADUCTION] **1452. Dommages-intérêts majorés.** La conduite du défendeur, la façon dont il a mené l’affaire et son état d’esprit sont donc tous des éléments que le demandeur peut invoquer au chapitre de la majoration des dommages. «De plus, il est très bien établi que lorsque les dommages sont généraux, le jury (ou le juge si c’est à lui que revient l’adjudication) peut tenir compte des motifs et de la conduite du défendeur lorsqu’ils aggravent le préjudice causé au demandeur. Il peut y avoir malveillance ou rancune, ou la façon dont le mal a été commis peut être telle que le demandeur a été blessé dans ses sentiments intimes de dignité et de fierté. Ce sont des éléments dont le jury peut tenir compte dans l’évaluation de l’indemnité appropriée». «Dans l’adjudication de «dommages-intérêts majorés», l’indignation

legitimate motive in making a generous, rather than a more moderate award to provide an adequate solatium . . . that is because the injury to the plaintiff is actually greater, and, as the result of the conduct exciting the indignation, demands a more generous solatium.”

184 In considering and applying the factors pertaining to general damages in this case it will be remembered that the reports in the press were widely circulated and the television broadcast had a wide coverage. The setting and the persons involved gave the coverage an aura of credibility and significance that must have influenced all who saw and read the accounts. The insidious harm of the orchestrated libel was indeed spread widely throughout the community.

185 The misconduct of the appellants continued after the first publication. Prior to the commencement of the hearing of the contempt motion before Cromarty J., Scientology was aware that the allegations it was making against Casey Hill were false. Yet, it persisted with the contempt hearings as did Morris Manning. At the conclusion of the contempt hearing, both appellants were aware of the falsity of the allegations. Nonetheless, when the libel action was instituted, the defence of justification was put forward by both of them. The statement of defence alleging justification or truth of the allegation was open for all the public to see. Despite their knowledge of its falsity, the appellants continued to publish the libel. Although Manning withdrew the plea of justification, this was only done in the week prior to the commencement of the trial itself. For its part, Scientology did not withdraw its plea of justification until the hearing of the appeal. Finally, the manner in which Hill was cross-examined by the appellants, coupled with the manner in which they presented their position to the jury, in light of their knowledge of the falsity of their allegations, are further aggravating factors to be taken into account.

186 When all these facts are taken into account there is no question that the award of \$300,000 by way of general damages was justified in this case.

naturelle de la cour face au préjudice causé au demandeur est un motif tout à fait légitime de fixer un montant généreux, plutôt que plus modéré, de façon à fournir une réparation adéquate [. . .] c'est-à-dire parce que le préjudice causé au demandeur est réellement plus grand et qu'il commande une réparation plus généreuse du fait qu'il résulte de la conduite qui suscite l'indignation».

Dans l'examen et l'application des facteurs relatifs aux dommages-intérêts généraux en l'espèce, il faut se rappeler que les articles de presse ont été largement diffusés et le reportage télévisé a reçu une immense couverture. Le cadre et les participants ont donné à la couverture une aura de crédibilité et d'importance qui a dû influencer tous ceux qui ont vu ou lu les reportages. Le préjudice insidieux du libelle orchestré s'était en fait répandu dans toute la communauté.

Les appelants ont poursuivi leur mauvaise conduite après la première publication. Avant le début de l'audition de la requête pour outrage devant le juge Cromarty, Scientology savait que les allégations visant Casey Hill étaient fausses. Elle a quand même poursuivi l'instance relative à l'outrage, tout comme Morris Manning. À l'issue de l'audition pour outrage, les deux appelants savaient que les allégations étaient fausses. Pourtant, lorsque l'action en libelle a été intentée, tous deux ont invoqué la défense de justification. La défense faisant valoir la justification ou la vérité de l'allégation était accessible au public. En dépit du fait qu'ils savaient que les allégations étaient fausses, les appelants ont continué à publier le libelle. Certes, Manning a retiré son plaidoyer de justification, mais seulement dans la semaine précédant le procès même. Quant à Scientology, elle n'a retiré son plaidoyer de justification qu'à l'audition de l'appel. Enfin, la manière dont les appelants ont contre-interrogé Hill, et la manière dont ils ont présenté leurs prétentions au jury, tout en sachant que leurs allégations étaient fausses, sont d'autres facteurs aggravants dont il faut tenir compte.

Si l'on tient compte de tous ces éléments, il ne fait pas de doute que les dommages-intérêts généraux de 300 000 \$ étaient justifiés en l'espèce.

(d) *Comparison with Other Libel Cases*

At the outset, I should state that I agree completely with the Court of Appeal that each libel case is unique and that this particular case is in a "class by itself". The assessment of damages in a libel case flows from a particular confluence of the following elements: the nature and circumstances of the publication of the libel, the nature and position of the victim of the libel, the possible effects of the libel statement upon the life of the plaintiff, and the actions and motivations of the defendants. It follows that there is little to be gained from a detailed comparison of libel awards.

(3) Aggravated Damages(a) *General Principles*

Aggravated damages may be awarded in circumstances where the defendants' conduct has been particularly high-handed or oppressive, thereby increasing the plaintiff's humiliation and anxiety arising from the libellous statement. The nature of these damages was aptly described by Robins J.A. in *Walker v. CFTO Ltd.*, *supra*, in these words at p. 111:

Where the defendant is guilty of insulting, high-handed, spiteful, malicious or oppressive conduct which increases the mental distress — the humiliation, indignation, anxiety, grief, fear and the like — suffered by the plaintiff as a result of being defamed, the plaintiff may be entitled to what has come to be known as "aggravated damages".

These damages take into account the additional harm caused to the plaintiff's feelings by the defendant's outrageous and malicious conduct. Like general or special damages, they are compensatory in nature. Their assessment requires consideration by the jury of the entire conduct of the defendant prior to the publication of the libel and continuing through to the conclusion of the trial. They represent the expression of natural indigna-

d) *Comparaison avec d'autres affaires de libelle*

Avant tout, j'aimerais exprimer mon accord complet avec la Cour d'appel, suivant laquelle chaque cas de libelle est unique, et que le cas en l'espèce se situe dans «une classe à part». L'évaluation des dommages-intérêts dans une affaire de libelle ressortit à l'ensemble des éléments suivants: la nature et les circonstances de la publication du libelle, le caractère et la situation de la victime du libelle, les effets possibles de la déclaration diffamatoire sur la vie du demandeur, et les actes et motivations des défendeurs. Il s'ensuit qu'il n'y a guère à gagner d'une comparaison exhaustive des montants accordés dans les affaires de libelle.

(3) Les dommages-intérêts majorésa) *Principes d'application générale*

On peut accorder des dommages-intérêts majorés lorsque le comportement des défendeurs est particulièrement abusif ou opprimant, et accroît l'humiliation et l'anxiété qu'engendre chez le demandeur la déclaration diffamatoire. Dans *Walker c. CFTO Ltd.*, précité, à la p. 111, le juge Robins de la Cour d'appel a décrit avec justesse la nature de ces dommages-intérêts:

[TRADUCTION] Lorsque le défendeur adopte un comportement insultant, abusif, méprisant, malveillant ou opprimant qui accroît l'angoisse morale — l'humiliation, l'indignation, l'anxiété, la peine, la crainte et autres sentiments semblables — chez le demandeur du fait qu'il est victime d'une diffamation, ce dernier est fondé à recevoir ce qu'on a appelé des «dommages-intérêts majorés».

Ces dommages-intérêts tiennent compte du tort additionnel que cause aux sentiments du demandeur le comportement outrageant et malveillant du défendeur. Comme les dommages-intérêts généraux ou spéciaux, les dommages-intérêts majorés sont de nature compensatoire. Pour les évaluer, le jury doit considérer l'ensemble du comportement du défendeur avant la publication du libelle et pendant tout le déroulement du procès, jusqu'à la fin.

187

188

189

tion of right-thinking people arising from the malicious conduct of the defendant.

Ils sont l'expression de l'indignation que cause naturellement chez les personnes sensées le comportement malveillant du défendeur.

190 If aggravated damages are to be awarded, there must be a finding that the defendant was motivated by actual malice, which increased the injury to the plaintiff, either by spreading further afield the damage to the reputation of the plaintiff, or by increasing the mental distress and humiliation of the plaintiff. See, for example, *Walker v. CFTO Ltd.*, *supra*, at p. 111; *Vogel, supra*, at p. 178; *Kerr v. Conlogue* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 70 (S.C.), at p. 93; and *Cassell & Co. v. Broome, supra*, at pp. 825-26. The malice may be established by intrinsic evidence derived from the libellous statement itself and the circumstances of its publication, or by extrinsic evidence pertaining to the surrounding circumstances which demonstrate that the defendant was motivated by an unjustifiable intention to injure the plaintiff. See *Taylor v. Despard, supra*, at p. 975.

Pour accorder des dommages-intérêts majorés, le jury doit conclure que le défendeur était motivé par une malveillance véritable et a ainsi accru le préjudice subi par le demandeur, soit en propageant davantage le tort causé à sa réputation, soit en intensifiant son angoisse morale et son humiliation. Voir par exemple *Walker c. CFTO Ltd.*, précité, à la p. 111; *Vogel*, précité, à la p. 178; *Kerr c. Conlogue* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 70 (C.S.), à la p. 93; et *Cassell & Co. c. Broome*, précité, aux pp. 825 et 826. On peut établir l'existence de la malveillance à l'aide d'une preuve intrinsèque qui découle de la déclaration diffamatoire elle-même et des circonstances de sa publication, ou encore à l'aide d'éléments de preuve extrinsèques relatifs aux circonstances, qui démontrent que le défendeur avait l'intention injustifiable de causer un préjudice au demandeur. Voir *Taylor c. Despard*, précité, à la p. 975.

191 There are a number of factors that a jury may properly take into account in assessing aggravated damages. For example, was there a withdrawal of the libellous statement made by the defendants and an apology tendered? If there was, this may go far to establishing that there was no malicious conduct on the part of the defendant warranting an award of aggravated damages. The jury may also consider whether there was a repetition of the libel, conduct that was calculated to deter the plaintiff from proceeding with the libel action, a prolonged and hostile cross-examination of the plaintiff or a plea of justification which the defendant knew was bound to fail. The general manner in which the defendant presented its case is also relevant. Further, it is appropriate for a jury to consider the conduct of the defendant at the time of the publication of the libel. For example, was it clearly aimed at obtaining the widest possible publicity in circumstances that were the most adverse possible to the plaintiff?

Un jury est fondé à considérer plusieurs facteurs en vue de fixer les dommages-intérêts majorés. Par exemple, les défendeurs ont-ils retiré la déclaration diffamatoire, ont-ils présenté des excuses? Dans l'affirmative, cela peut contribuer à établir l'absence, chez les défendeurs, d'un comportement malveillant justifiant des dommages-intérêts majorés. Le jury peut également considérer si le défendeur a répété le libelle, s'il s'est comporté de façon à empêcher le demandeur d'introduire l'action en libelle, s'il a fait subir au demandeur un contre-interrogatoire long et hostile, ou s'il a invoqué un plaidoyer de justification qu'il savait voué à l'échec. La manière générale dont le défendeur a présenté sa preuve est également pertinente. Par ailleurs, il convient pour un jury de considérer le comportement du défendeur à l'époque de la publication du libelle. Par exemple, visait-il manifestement à assurer la publicité la plus répandue dans des circonstances qui étaient les plus préjudiciables au demandeur?

(b) *The Application to the Facts of this Case*

In this case, there was ample evidence upon which the jury could properly base their finding of aggravated damages. The existence of the file on Casey Hill under the designation "Enemy Canada" was evidence of the malicious intention of Scientology to "neutralize" him. The press conference was organized in such a manner as to ensure the widest possible dissemination of the libel. Scientology continued with the contempt proceedings although it knew its allegations were false. In its motion to remove Hill from the search warrant proceedings, it implied that he was not trustworthy and might act in those proceedings in a manner that would benefit him in his libel action. It pleaded justification or truth of its statement when it knew it to be false. It subjected Hill to a demeaning cross-examination and, in its address to the jury, depicted Hill as a manipulative actor.

It is, as well, appropriate for an appellate court to consider the post-trial actions of the defendant. It will be recalled that Scientology, immediately after the verdict of the jury, repeated the libel, thus forcing the plaintiff to seek and obtain an injunction restraining Scientology from repeating the libel. It did not withdraw its plea of justification until the hearing of the appeal. All this indicates that the award of aggravated damages was strongly supported by the subsequent actions of Scientology.

In summary, every aspect of this case demonstrates the very real and persistent malice of Scientology. Their actions preceding the publication of the libel, the circumstances of its publication and their subsequent actions in relation to both the search warrant proceedings and this action amply confirm and emphasize the insidious malice of Scientology. Much was made of their apology tendered at the time of the hearing in the Court of Appeal. There is a hollow ring to that submission when it is remembered that it was not until the fifth day of oral argument before the Court of Appeal that the apology was tendered. Scientology can

b) *Application aux faits de l'espèce*

Dans la présente affaire, il y avait une preuve abondante sur le fondement de laquelle le jury pouvait à bon droit accorder des dommages-intérêts majorés. L'existence d'un dossier sur Casey Hill, intitulé «ennemi Canada», démontre l'intention malveillante de l'Église de le «neutraliser». La conférence de presse a été planifiée de manière à garantir la plus grande diffusion possible du libelle. Scientologie a poursuivi les procédures pour outrage tout en sachant que ses allégations étaient fausses. Dans sa requête en vue de faire retirer Hill des procédures relatives au mandat de perquisition, elle a laissé entendre qu'il n'était pas digne de confiance et qu'il était susceptible d'agir dans ces procédures d'une manière qui lui profiterait dans son action pour libelle. Elle a plaidé la justification ou la vérité de sa déclaration qu'elle savait fausse. Elle a soumis Hill à un contre-interrogatoire dégradant et, dans son exposé au jury, l'a décrit comme un homme manipulateur.

Il est également approprié pour un tribunal d'appel de considérer les actes du défendeur après le procès. Il y a lieu de rappeler qu'immédiatement après que le verdict du jury, Scientologie a réitéré le libelle, forçant ainsi le demandeur à demander et à obtenir une injonction interdisant à Scientologie de le répéter. Elle n'a retiré son plaidoyer de justification qu'à l'audition de l'appel. Tous ces éléments permettent de conclure que les actions subséquentes de Scientologie justifiaient amplement des dommages-intérêts majorés.

Bref, chaque aspect de cette affaire révèle la malveillance très réelle et constante de Scientologie. Ses actions antérieures à la publication du libelle, les circonstances de sa publication et ses actions subséquentes dans les procédures relatives au mandat de perquisition et à la présente action confirment et font amplement ressortir la malveillance insidieuse de Scientologie. On a fait grand cas des excuses présentées au moment de l'audition en Cour d'appel. Cette prétention sonne faux lorsque l'on se rappelle que ce n'est que le cinquième jour des débats devant la Cour d'appel que les excuses ont été présentées. Scientologie ne peut

192

193

194

gain little comfort from such a late and meaningless apology.

195

These damages were awarded solely against Scientology and are based upon the misconduct of that appellant. There is no question of Manning being in any way responsible for these damages. Indeed, there cannot be joint and several responsibility for either aggravated or punitive damages since they arise from the misconduct of the particular defendant against whom they are awarded. See, for example, *Sun Life, supra*, at p. 1310; *Egger v. Chelmsford*, [1965] 1 Q.B. 248 (C.A.), at pp. 263 and 265; *Vogel, supra*, at p. 171; S. M. Waddams, *The Law of Damages* (2nd ed. 1991), at pp. 11-23 and 11-24. Scientology's behaviour throughout can only be characterized as recklessly high-handed, supremely arrogant and contumacious. There seems to have been a continuing conscious effort on Scientology's part to intensify and perpetuate its attack on Casey Hill without any regard for the truth of its allegations.

(4) Punitive Damages

(a) *General Principles*

196

Punitive damages may be awarded in situations where the defendant's misconduct is so malicious, oppressive and high-handed that it offends the court's sense of decency. Punitive damages bear no relation to what the plaintiff should receive by way of compensation. Their aim is not to compensate the plaintiff, but rather to punish the defendant. It is the means by which the jury or judge expresses its outrage at the egregious conduct of the defendant. They are in the nature of a fine which is meant to act as a deterrent to the defendant and to others from acting in this manner. It is important to emphasize that punitive damages should only be awarded in those circumstances where the combined award of general and aggravated damages would be insufficient to achieve the goal of punishment and deterrence.

197

Unlike compensatory damages, punitive damages are not at large. Consequently, courts have a

guère tirer profit d'excuses aussi tardives et dénuées de sens.

Seule Scientologie a été condamnée à verser des dommages-intérêts majorés, en raison de sa mauvaise conduite. Il n'est aucunement question que Manning soit de quelque façon responsable relativement à ces dommages-intérêts. En effet, il ne peut y avoir responsabilité solidaire à l'égard de dommages-intérêts majorés ou punitifs puisque ceux-ci découlent de la mauvaise conduite du défendeur condamné à les verser. Voir, par exemple, *Sun Life, précité*, à la p. 1310; *Egger c. Chelmsford*, [1965] 1 Q.B. 248 (C.A.), aux pp. 263 et 265; *Vogel, précité*, à la p. 171; S. M. Waddams, *The Law of Damages* (2^e éd. 1991), aux pp. 11-23 et 11-24. Le comportement de Scientologie pendant tout ce temps ne peut être qualifié que d'imprudemment abusif, extrêmement arrogant et entêté. Elle semble avoir mis un effort conscient et constant à intensifier et à perpétuer son attaque contre Casey Hill sans jamais considérer la véracité de ses allégations.

(4) Les dommages-intérêts punitifs

a) *Principes d'application générale*

On peut accorder des dommages-intérêts punitifs lorsque la mauvaise conduite du défendeur est si malveillante, opprimante et abusive qu'elle choque le sens de dignité de la cour. Les dommages-intérêts punitifs n'ont aucun lien avec ce que le demandeur est fondé à recevoir au titre d'une compensation. Ils visent non pas à compenser le demandeur, mais à punir le défendeur. C'est le moyen par lequel le jury ou le juge exprime son outrage à l'égard du comportement inacceptable du défendeur. Ils revêtent le caractère d'une amende destinée à dissuader le défendeur et les autres d'agir ainsi. Il importe de souligner que les dommages-intérêts punitifs ne devraient être accordés que dans les situations où les dommages-intérêts généraux et majorés réunis ne permettent pas d'atteindre l'objectif qui consiste à punir et à dissuader.

Contrairement aux dommages-intérêts compensatoires, les dommages-intérêts punitifs ne sont pas

much greater scope and discretion on appeal. The appellate review should be based upon the court's estimation as to whether the punitive damages serve a rational purpose. In other words, was the misconduct of the defendant so outrageous that punitive damages were rationally required to act as deterrence?

This was the test formulated by Robins J.A. in *Walker v. CFTO Ltd.*, *supra*. In that case, he found that the general damages award of \$908,000 was obviously sufficient to satisfy whatever need there was for punishment and deterrence. He found that, in those circumstances, the \$50,000 punitive damage award served no rational purpose. The Court of Appeal, in the case at bar, applied the same reasoning and upheld the award of punitive damages.

Punitive damages can and do serve a useful purpose. But for them, it would be all too easy for the large, wealthy and powerful to persist in libelling vulnerable victims. Awards of general and aggravated damages alone might simply be regarded as a licence fee for continuing a character assassination. The protection of a person's reputation arising from the publication of false and injurious statements must be effective. The most effective means of protection will be supplied by the knowledge that fines in the form of punitive damages may be awarded in cases where the defendant's conduct is truly outrageous.

(b) *The Application to the Facts of this Case*

There can be no doubt that the conduct of Scientology in the publication of the injurious false statement pertaining to its "enemy" was malicious. Its publication was carefully planned and carried out in a manner which ensured its widest possible dissemination in the most damaging manner imaginable. The allegation made against Hill was devastating. It was said that he had been guilty of breach of trust, breach of a court order and that his

généralisés. En conséquence, les tribunaux disposent d'une latitude et d'une discrétion beaucoup plus grandes en appel. Le contrôle en appel devrait consister à déterminer si les dommages-intérêts punitifs servent un objectif rationnel. En d'autres termes, la mauvaise conduite du défendeur était-elle si outrageante qu'il était rationnellement nécessaire d'accorder des dommages-intérêts punitifs dans un but de dissuasion?

C'est le critère qui a été formulé par le juge Robins dans *Walker c. CFTO Ltd.*, précité. Dans cette affaire, le juge a conclu que les dommages-intérêts généraux de 908 000 \$ étaient de toute évidence suffisants pour satisfaire quelque nécessité de punir et de dissuader. Il a jugé que, dans ces circonstances, les dommages-intérêts punitifs de 50 000 \$ ne servaient aucun objectif rationnel. En l'espèce, la Cour d'appel a suivi le même raisonnement et maintenu les dommages-intérêts punitifs.

Les dommages-intérêts punitifs peuvent servir, et servent effectivement, un objectif utile. S'ils n'existaient pas, il ne serait que trop facile pour les gens importants, puissants et riches de persister à répandre des libelles contre des victimes vulnérables. Les dommages-intérêts généraux et majorés à eux seuls pourraient simplement être considérés comme la redevance à payer pour être autorisé à continuer cette atteinte à la réputation. La protection de la réputation d'une personne à la suite de la publication de déclarations fausses et injurieuses doit être efficace. La meilleure protection est de faire savoir que des amendes, sous forme de dommages-intérêts punitifs, peuvent être imposées lorsque le comportement du défendeur est véritablement outrageant.

b) *Application aux faits de l'espèce*

Il ne fait aucun doute que le comportement de Scientology dans la publication de la déclaration fausse et injurieuse concernant son «ennemi» était empreint de malveillance. Elle a fait en sorte que sa publication, soigneusement planifiée, soit exécutée de façon à obtenir la diffusion la plus vaste possible, de la manière la plus préjudiciable que l'on puisse imaginer. L'allégation visant Hill était dévastatrice. On prétendait qu'il s'était rendu cou-

198

199

200

conduct and behaviour was criminal. Scientology's actions from the time of publication, throughout the trial, and after the trial decision was rendered constituted a continuing attempt at character assassination by means of a statement which it knew to be false. It was such outrageous conduct that it cried out for the imposition of punitive damages.

pable d'abus de confiance, de manquement à une ordonnance judiciaire et de comportement criminel. Les agissements de Scientology à compter de la publication, pendant tout le procès et après que la décision au procès, constituaient une tentative persistante d'attenter à la moralité au moyen d'une déclaration qu'elle savait fausse. Il s'agissait d'un comportement si outrageant qu'il appelle l'imposition de dommages-intérêts punitifs.

201

There might have been some concern that, in light of the award of general and aggravated damages totalling \$800,000, there might not be a rational basis for punitive damages. However any lingering doubt on that score is resolved when Scientology's persistent misconduct subsequent to the trial is considered. On the very next day following the verdict, Scientology republished the libel in a press release delivered to the media. It then brought a motion to adduce fresh evidence which it stated would have a bearing "on the credibility and reputation of the plaintiff S. Casey Hill" which, if presented at trial, "would probably have changed the result". Its actions were such that Hill was forced to bring an application for an injunction enjoining Scientology from republishing the libel. In his reasons for granting the injunction, Carruthers J. stated that he was forced to take that action because "no amount awarded on account of punitive damages would have prevented or will prevent the Church of Scientology from publishing defamatory statements about the plaintiff". Even the injunction did not deter Scientology which moved to set it aside. Further, in its notice of appeal of the libel judgment, Scientology alleged that the trial judge had erred in ruling the decision of Cromarty J. in the contempt proceedings was *res judicata* of the issues raised in the libel trial.

On a pu se demander si, compte tenu du total de 800 000 \$ accordé au titre des dommages-intérêts généraux et majorés, il n'existait plus de motif rationnel d'accorder des dommages-intérêts punitifs. Toutefois, tout doute subsistant à cet égard est dissipé par la persistance de la conduite de Scientology après le procès. Le lendemain même du verdict, Scientology a de nouveau publié le libelle dans un communiqué de presse transmis aux médias. Elle a ensuite introduit une requête en vue de produire de nouveaux éléments de preuve qui, selon elle, auraient un effet [TRADUCTION] «sur la crédibilité et la réputation du demandeur S. Casey Hill» et qui, s'ils avaient été présentés au procès, «en auraient probablement changé l'issue». Ses actions étaient telles que Hill a été contraint de demander une injonction interdisant à Scientology de publier de nouveau le libelle. Dans ses motifs, le juge Carruthers s'est dit contraint d'accorder l'injonction puisque [TRADUCTION] «aucun montant accordé à titre de dommages-intérêts punitifs n'aurait empêché ou n'empêchera l'Église de Scientology de publier des déclarations diffamatoires sur le demandeur». Même l'injonction n'a pas freiné Scientology, qui en a demandé l'annulation. En outre, dans son avis d'appel du jugement sur le libelle, Scientology a allégué que le juge du procès avait commis une erreur en statuant que la décision du juge Cromarty dans l'instance relative à l'outrage était chose jugée quant aux questions soulevées dans le procès pour libelle.

202

During the appeal, it was conceded and the evidence and events confirmed that in all likelihood, no amount of general or aggravated damages would have deterred Scientology. Clearly then, this was an appropriate case for an award of punitive damages. Scientology did not withdraw its plea of

Au cours de l'appel, il a été concédé qu'il était fort probable qu'aucun montant de dommages-intérêts généraux et majorés n'aurait pu dissuader Scientology, et la preuve et les faits ont confirmé cela. Il est donc évident qu'il convenait en l'espèce d'accorder des dommages-intérêts punitifs. Scien-

justification until the first day of the oral argument in the Court of Appeal. Nor was any apology tendered by Scientology until the fifth day of oral argument before the Court of Appeal.

The award of punitive damages, therefore, served a rational purpose in this case. Further, the circumstances presented in this exceptional case demonstrate that there was such insidious, pernicious and persistent malice that the award for punitive damages cannot be said to be excessive. Scientology has alleged that the size of the award of punitive damages had a chilling effect on its right to freedom of expression. However as stated earlier, in spite of the slow and methodical progress of this case to trial and appeal, and despite the motion brought six years before the trial which drew attention to the need for evidence, Scientology adduced no evidence as to the chilling effect of the award. In its absence, this argument should not be considered. It may be that different factors will have to be taken into consideration where evidence is adduced and where a member of the media is a party to the action. However, those are considerations for another case on another day.

IV. Disposition

The appeal is dismissed with costs.

APPENDIX A

CFTO BROADCAST

The Toronto Church of Scientology has filed charges of contempt of court against two provincial lawyers. The Church believes the lawyers violated a court order by opening sealed documents which were seized last year in a raid on the Church's headquarters. A report from CFTO's Tim Webber:

Webber:

Eighteen months ago, more than one hundred O.P.P. officers stormed out of three buses and into the offices of the Church of Scientology. They seized hundreds of thousands of documents in two days of searching. Police said they were looking for evidence of tax fraud, consumer fraud and other indictable

tologie n'a retiré son plaidoyer de justification que le premier jour des débats devant la Cour d'appel. En outre, elle n'a présenté des excuses que le cinquième jour des débats devant la Cour d'appel.

Les dommages-intérêts punitifs servaient donc un objectif rationnel en l'espèce. Par ailleurs, les circonstances de cette affaire exceptionnelle démontrent qu'il y a eu une malveillance si insidieuse, pernicieuse et persistante que le montant de dommages-intérêts punitifs ne peut être jugé excessif. Scientologie a allégué que le montant des dommages-intérêts punitifs avait un effet paralysant sur son droit à la liberté d'expression. Toutefois, je le répète, en dépit du déroulement lent et méthodique de la présente affaire au procès et en appel, et de la requête présentée six ans avant le procès, qui a fait ressortir la nécessité de produire une preuve, Scientologie n'a présenté aucun élément de preuve quant à l'effet paralysant qu'aurait le montant accordé. En l'absence d'une telle preuve, cet argument ne doit pas être considéré. Il y aura sans doute lieu de tenir compte de différents facteurs lorsqu'une preuve sera produite et que des membres des médias seront parties à l'action. Toutefois, ce sont là des considérations qui devront attendre une autre occasion.

IV. Dispositif

Le pourvoi est rejeté avec dépens.

ANNEXE A

REPORTAGE DE CFTO

[TRADUCTION] L'Église de scientologie de Toronto a déposé des accusations d'outrage au tribunal contre deux avocats provinciaux. L'Église croit que les avocats ont violé une ordonnance judiciaire en ouvrant des documents scellés, saisis l'an dernier lors d'une descente au bureau principal de l'Église. Voici le reportage de Tim Webber de CFTO:

Webber:

Il y a dix-huit mois, plus de cent agents de la PPO, transportés dans trois autobus, ont pris d'assaut les bureaux de l'Église de scientologie. Ils ont saisi des centaines de milliers de documents au cours d'une fouille qui a duré deux jours. Aux dires de la police, ils étaient à la recherche de preuves de fraude fiscale,

offences. Many of these seized documents were deemed confidential by the Church. Some they said were confessions between priests and penitents and they convinced a judge to order about two hundred of the documents sealed. Today, lawyers for the Church filed charges alleging that the sealing order has been violated.

Manning:

The documents were ordered sealed by Mr. Justice Osler, pursuant to a request by counsel, in a very serious matter, and they were opened and revealed to persons whom we say were unauthorized to do so.

Webber:

The charges are against Jerome Cooper, a lawyer for Consumer and Commercial Relations, and Crown Attorney S. Casey Hill. The documents filed today alleged that the two convinced another Supreme Court Justice to allow the Ministry of Consumer and Commercial Relations to view the sealed documents in the company of O.P.P. officers. One of the lawyers being charged, Jerome Cooper, today told us he had absolutely no comment on the matter. The trial date has already been set for the 17th of January, but lawyers for the Church of Scientology are hoping to convince the defendants and the Court so start even sooner.

APPENDIX B

CBC BROADCAST

The Church of Scientology has filed a suit against two Toronto based Crown Attorneys. The Church had its offices raided by police and documents seized in March of 1983. Lawyers for the Church say those documents were opened and read by persons not authorized to do so.

Manning:

They were confidential documents which have been ordered sealed by Supreme Court of Ontario Justices which were opened with the permission of counsel for the Crown. And this constitutes, in the opinion of the Church, a contempt of court. We've had a date set in January. But hopefully, we can get a date set earlier with the consent of the Chief Justice of the Trial Division, or the Chief Justice of Ontario on the basis that

de fraude à l'égard de consommateurs et d'autres actes criminels. Nombre des documents saisis étaient considérés confidentiels par l'Église, parce que certains étaient des confessions entre prêtres et pénitents. L'Église a pu convaincre un juge d'ordonner qu'environ deux cents de ces documents soient scellés. Aujourd'hui, les avocats de l'Église ont déposé des accusations alléguant que l'ordonnance de mise sous scellés a été violée.

Manning:

Le juge Osler a ordonné que les documents soient scellés à la demande des avocats dans le cadre d'une affaire très grave, et ces documents ont été ouverts et révélés à des personnes qui à notre avis n'étaient pas autorisées.

Webber:

Les accusations visent Jerome Cooper, avocat au ministère de la Consommation et du Commerce, et S. Casey Hill, substitut du procureur général. Suivant les documents déposés aujourd'hui, les deux avocats ont convaincu un autre juge de la Cour suprême d'autoriser le ministère de la Consommation et du Commerce à examiner les documents scellés en compagnie d'agents de la PPO. Un des avocats accusés, Jerome Cooper, nous a affirmé aujourd'hui qu'il n'avait absolument aucun commentaire à faire sur cette affaire. La date du procès a déjà été fixée au 17 janvier, mais les avocats de l'Église de scientologie espèrent convaincre les défendeurs et la Cour de commencer encore plus tôt.

ANNEXE B

REPORTAGE DE LA SRC

[TRADUCTION] L'Église de scientologie a institué une action contre deux substituts du procureur général à Toronto. En mars 1983, l'Église a reçu la visite de la police à ses bureaux, où des documents ont été saisis. Les avocats de l'Église affirment que ces documents ont été ouverts et examinés par des personnes non autorisées à le faire.

Manning:

Il s'agissait de documents confidentiels dont la mise sous scellé avait été ordonnée par des juges de la Cour suprême de l'Ontario, et qui ont été ouverts avec l'autorisation du substitut du procureur général. Cela constitue, de l'avis de l'Église, un outrage au tribunal. Le procès doit commencer en janvier, mais nous espérons obtenir une date plus rapprochée avec le consentement du juge en chef de première instance ou

it's a very important matter. It's important to the administration of justice.

APPENDIX C

GLOBE AND MAIL

The Church of Scientology of Toronto is asking the Supreme Court of Ontario to find a Crown prosecutor and a lawyer with the Ontario Ministry of Consumer and Commercial Relations in contempt of court.

Morris Manning, a lawyer acting for the church, said in an interview yesterday that he has filed a motion asking for S. Casey Hill, a prosecutor with the Ontario Ministry of the Attorney-General, and Jerome Cooper, a lawyer with the Consumer Ministry, to be jailed or fined.

The motion claims that Mr. Cooper misled Mr. Justice Jean-Charles Sirois of the Supreme Court of Ontario into releasing to the Consumer Ministry documents seized by the Ontario Provincial Police in a raid on the Church's headquarters.

The motion says Judge Sirois was not told that many of the documents had been ordered sealed by another Ontario Supreme Court judge while the Church contests the legality of the search warrant used by the O.P.P. in the raid last year.

The motion claims Mr. Hill, who represented the Attorney-General during the search warrant hearings "aided and abetted in the misleading of Mr. Justice Sirois".

A hearing on the motion has been set for January 17.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Justice Cory and, except on one point, generally agree with them as well as with his disposition of this appeal.

First, however, in order to dispel any possible confusion regarding the applicability of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to the common law, I note that this issue can be easily sum-

du juge en chef de l'Ontario pour le motif qu'il s'agit d'une affaire très importante. Elle est importante pour l'administration de la justice.

ANNEXE C

GLOBE AND MAIL

[TRADUCTION] L'Église de scientologie de Toronto s'adresse à la Cour suprême de l'Ontario afin que soient déclarés coupables d'outrage au tribunal un substitut du procureur général et un procureur du ministère de la Consommation et du Commerce de l'Ontario.

Morris Manning, avocat agissant pour le compte de l'Église, a affirmé au cours d'une entrevue hier qu'il a déposé une requête réclamant que S. Casey Hill, avocat au ministère du Procureur général de l'Ontario, et Jerome Cooper, avocat au ministère de la Consommation, soient condamnés à une amende ou à une peine d'emprisonnement.

Suivant la requête, M. Cooper a induit en erreur le juge Jean-Charles Sirois de la Cour suprême de l'Ontario afin qu'il libère, en faveur du ministère de la Consommation, des documents saisis par la Police provinciale de l'Ontario lors d'une descente effectuée au bureau principal de l'Église.

L'Église allègue également dans la requête que le juge Sirois n'a pas été avisé que plusieurs documents avaient été mis sous scellés sur ordonnance d'un juge de la Cour suprême de l'Ontario pendant que l'Église conteste la légalité du mandat de perquisition utilisé par la PPO au cours de la descente effectuée l'an dernier.

On fait valoir dans la requête que M. Hill, qui représentait le procureur général pendant les auditions relatives au mandat de perquisition, «a aidé et encouragé à induire le juge Sirois en erreur».

Une audition sur la requête se tiendra le 17 janvier.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de mon collègue le juge Cory et, sauf sur un point, je suis substantiellement d'accord avec lui et avec le résultat auquel il arrive.

En premier lieu, toutefois, afin de dissiper toute confusion possible quant à l'applicabilité de la *Charte canadienne des droits et libertés* à la common law, cette question peut, à mon avis, se

205

206

marized in the following two principles, both of which were first articulated by McIntyre J. in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573:

1. The *Charter* does not directly apply to the common law unless it is the basis of some governmental action.
2. Even though the *Charter* does not directly apply to the common law absent government action, the common law must nonetheless be developed in accordance with *Charter* values. (To the same effect, see *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, per L'Heureux-Dubé J.)

In other words, the basic rule is that, absent government action, the *Charter* only applies indirectly to the common law.

207

In light of the above, I agree with Cory J. that where the common law is “challenged” on *Charter* grounds, a traditional s. 1 analysis will generally not be appropriate. Instead, “*Charter* values, framed in general terms, should be weighed against the principles which underlie the common law. The *Charter* values will then provide the guidelines for any modification to the common law which the court feels is necessary” (para. 97). As well, I agree with Cory J. that “the party who is alleging that the common law is inconsistent with the *Charter* should bear the onus of proving both that the common law fails to comply with *Charter* values and that, when these values are balanced, the common law should be modified” (para. 98). Such an approach is, in my view, consistent with the fact that, absent government action, the *Charter* only applies indirectly to the common law.

208

Applying this approach in the case at hand, I agree with Cory J.’s conclusion that the common law of defamation, as it is applied to the parties in

réduire simplement aux deux propositions suivantes, formulées pour la première fois par le juge McIntyre dans l’arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573:

1. La *Charte* ne s’applique pas directement à la common law sauf dans la mesure où elle constitue le fondement d’une action gouvernementale.
2. Quoique la *Charte* ne s’applique pas directement à la common law en l’absence d’une action gouvernementale, la common law doit néanmoins évoluer de manière à être compatible avec les valeurs qui sous-tendent la *Charte*. (Dans le même sens, voir *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, le juge L’Heureux-Dubé.)

En d’autres termes, la règle fondamentale est la suivante: en l’absence d’une action gouvernementale, la *Charte* ne s’applique qu’indirectement à la common law.

Compte tenu de ce qui précède, je suis d’accord avec le juge Cory que lorsque la common law fait l’objet d’une «contestation» fondée sur la *Charte*, en général l’analyse traditionnelle effectuée dans le cadre de l’article premier n’est pas appropriée, mais plutôt, que «[f]ormulées en termes généraux, les valeurs de la *Charte* devraient être pondérées en regard des principes qui inspirent la common law. Les valeurs de la *Charte* offriront alors des lignes directrices quant à toute modification de la common law que la cour estime nécessaire» (par. 97). De même, comme le juge Cory, j’estime que «[l]a partie qui allègue que la common law est incompatible avec la *Charte* doit [. . .] établir à la fois que la common law ne respecte pas les valeurs de la *Charte* et que, suivant la pondération de ces valeurs, la common law doit être modifiée» (par. 98). Cette approche, à mon avis, va de pair avec le fait qu’en l’absence d’une action gouvernementale, la *Charte* ne s’applique qu’indirectement à la common law.

Applicant ici cette approche, je souscris à la conclusion du juge Cory que la common law de la diffamation, telle qu’elle s’applique aux parties à

this action, is consistent with the values enshrined in the *Charter*. Accordingly, I agree with my colleague that there is no need to amend or alter the common law. In particular, I agree that the “actual malice” rule adopted by the U.S. Supreme Court in *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), should not be adopted into the Canadian common law of defamation.

Second, the one issue on which I part company with my colleague concerns the scope of the defence of qualified privilege. Traditionally, this Court has held that the defence of qualified privilege is available with respect to reports of judicial proceedings, but not with respect to reports of pleadings in purely private litigation upon which no judicial action has yet been taken: *Gazette Printing Co. v. Shallow* (1909), 41 S.C.R. 339. The appellants, however, argue that *Shallow* is no longer good law as it had been overtaken by this Court’s more recent decision in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. My colleague appears to accept this argument. Accordingly, he broadens the scope of the defence of qualified privilege, making it available with respect to reports of pleadings upon which no judicial action has yet been taken. I disagree. In my view, *Shallow* and *Edmonton Journal* are entirely consistent. In this respect, I adopt the following statement from the judgment of the Court of Appeal in the case at hand ((1994), 18 O.R. (3d) 385, at p. 427):

We were urged to extrapolate from *Edmonton Journal* the proposition that the common law of defamation should respect such constitutional forms of expression as the reporting of information pertaining to intended court proceedings by conferring qualified privilege on the occasion of the publication of such reports. With respect, we do not agree. *Edmonton Journal* struck down, in the name of freedom of expression, statutory provisions which sought to inhibit the publication of the details of pending matrimonial and other civil actions. But it by no means follows that the publication of such

cette action, est conforme aux valeurs consacrées dans la *Charte*. Aussi n’est-il pas nécessaire, comme mon collègue l’indique, de changer ou de modifier la common law. En particulier, je conviens que la règle de la «malveillance véritable» adoptée par la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), ne devrait pas être intégrée à la common law de la diffamation au Canada.

En deuxième lieu, la seule question sur laquelle je me dissocie de mon collègue concerne la portée de la défense d’immunité relative. Traditionnellement, notre Cour a conclu qu’il était possible d’invoquer la défense d’immunité relative en ce qui concerne le compte rendu de procédures judiciaires, mais qu’il n’en était pas de même à l’égard de comptes rendus d’actes de procédure dans le cadre de litiges purement privés, sur le fondement desquels aucune action judiciaire n’a encore été instituée: *Gazette Printing Co. c. Shallow* (1909), 41 R.C.S. 339. Or, les appelants font valoir que l’arrêt *Shallow* ne traduit plus l’état du droit vu la décision plus récente de notre Cour dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326. Mon collègue paraît accepter cet argument. Il étend donc la défense d’immunité relative aux comptes rendus d’actes de procédure sur le fondement desquels aucune action judiciaire n’a encore été intentée. Je ne suis pas d’accord. À mon avis, les arrêts *Shallow* et *Edmonton Journal* sont tout à fait compatibles. À cet égard, j’adopte l’extrait suivant de la décision de la Cour d’appel dans le cas qui nous occupe ((1994), 18 O.R. (3d) 385, à la p. 427):

[TRADUCTION] On nous propose d’extrapoler de l’arrêt *Edmonton Journal* la proposition selon laquelle la common law de la diffamation devrait respecter les formes constitutionnelles d’expression que constituent les comptes rendus de procédures judiciaires que l’on se propose d’intenter, en conférant l’immunité relative à la publication de ces comptes rendus. Avec égards, nous ne sommes pas d’accord. L’arrêt *Edmonton Journal* a eu pour effet d’annuler, au nom de la liberté d’expression, des dispositions législatives interdisant la publication de renseignements concernant des actions matrimoniales ou autres actions civiles en cours. Cela ne signifie aucunement que la publication de ces renseignements devrait

details should be accorded the mantle of qualified privilege if they are defamatory.

Edmonton Journal and *Gazette Printing* stand together without conflict: there is a right to publish details of judicial proceedings before they are heard in open court, but such publication does not enjoy the protection of qualified privilege if it is defamatory. As Duff J. noted in the extract from p. 364 of *Gazette Printing* set out above, no such privilege is necessary if the statements published are true, and no such privilege is desirable if they are not true.

jouer de la protection de l'immunité relative si ceux-ci s'avèrent diffamatoires.

Les arrêts *Edmonton Journal* et *Gazette Printing* n'entrent pas en conflit: le droit de publier les détails de procédures judiciaires avant qu'elles ne soient entendues en audience publique existe, mais cette publication ne jouit pas de la protection de l'immunité relative si son contenu est diffamatoire. Ainsi que le juge Duff l'a indiqué dans le passage tiré de la p. 364 de l'arrêt *Gazette Printing* ci-dessus, l'immunité n'est pas nécessaire si les déclarations publiées sont véridiques, et elle n'est pas souhaitable si les déclarations sont fausses.

210 Subject to the above, I would dispose of this appeal as does my colleague Cory J.

Sous réserve de ce qui précède, je trancherais le pourvoi comme le suggère mon collègue le juge Cory.

Appeal dismissed with costs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitors for the appellant Morris Manning: Weir & Foulds, Toronto.

Procureurs de l'appelant Morris Manning: Weir & Foulds, Toronto.

Solicitors for the appellant the Church of Scientology of Toronto: Gowling, Strathy & Henderson, Kitchener.

Procureurs de l'appelante l'Église de scientologie de Toronto: Gowling, Strathy & Henderson, Kitchener.

Solicitors for the respondent: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Robert Sharpe and Kent Roach, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Robert Sharpe et Kent Roach, Toronto.

Solicitors for the interveners the Writers' Union of Canada, PEN Canada, the Canadian Association of Journalists, the Periodical Writers Association of Canada, and the Book and Periodical Council: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Procureurs des intervenants Writers' Union of Canada, PEN Canada, l'Association canadienne des journalistes, Periodical Writers Association of Canada, et Book and Periodical Council: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Daily Newspaper Association, the Canadian Community Newspapers Association, the Canadian Association of Broadcasters, the Radio-Television News Directors Association of Canada, the Canadian Book Publishers' Council and the Canadian

Procureurs des intervenants l'Association canadienne des éditeurs de quotidiens, Canadian Community Newspapers Association, l'Association canadienne des radiodiffuseurs, l'Association canadienne des directeurs de l'information en radio-télévision, Canadian Book Publishers'

*Magazine Publishers' Association: Blake, Cassels
& Graydon, Toronto.*

*Council et Canadian Magazine Publishers' Asso-
ciation: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Audi alteram partem — Failure to give notice — CRTC deciding who could perform installation work on telephone company's support structures — CRTC decision affecting rights of employees of telephone company — Whether CRTC exceeded its jurisdiction in failing to provide union with notice of CRTC hearing — National Telecommunications Powers and Procedures Act, R.S.C., 1985, c. N-20, ss. 66, 72, 74.

TELECOMMUNICATIONS WORKERS UNION V. CANADA (RADIO-TELEVISION AND TELECOMMUNICATIONS COMMISSION), 781.

2. Subordinate legislation — Validity — Milk Board collecting levies on milk production pursuant to milk market sharing orders — Milk Board having provincial powers and delegated federal authority — Orders not specifying source of authority exercised — Whether orders invalid.

BRITISH COLUMBIA (MILK BOARD) V. GRISNICH, 895.

CONDITIONAL SALES

Leases — Options to purchase — Lessee having option to purchase helicopters for reasonable fair market value at end of lease — Leases not registered under Conditional Sales Act — Secured creditor appointing receiver for property after lessee defaulted on loan — Lessor claiming right to possession of helicopters pursuant to leases — Whether leases conditional sales — Whether leases had to be registered under Act — Conditional Sales Act, R.S.N.S. 1989, c. 84, s. 2(1)(b)(ii).

MITSUMI & CO. (CANADA) LTD. V. ROYAL BANK OF CANADA, 187.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Right to silence — Securities commission investigation — Company's officers ordered to testify under oath and to produce documents pursuant to s. 128(1) of Securities Act — Whether s. 128(1) infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Securities Act, S.B.C. 1985, c. 83, s. 128(1).

BRITISH COLUMBIA SECURITIES COMMISSION V. BRANCH, 3.

2. Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Securities commission investigation — Company's officers

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

ordered to produce documents pursuant to s. 128(1) of Securities Act — Whether s. 128(1) infringes s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Securities Act, S.B.C. 1985, c. 83, s. 128(1).

BRITISH COLUMBIA SECURITIES COMMISSION V. BRANCH, 3.

3. Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Right to silence — Whether accused separately charged with offence compellable as witness at preliminary inquiry of another accused charged with same offence — Whether compellability in such circumstances violates principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. V. PRIMEAU, 60.

4. Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Right to silence — Whether accused separately charged with offence, and persons suspected of offence, compellable as witnesses at preliminary inquiries or criminal trials of other accused charged with same offence — Whether compellability in such circumstances violates principles of fundamental justice — Whether s. 5 of Canada Evidence Act constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5.

R. V. JOBIN, 78.

5. Charter of Rights — Fundamental justice — Right to fair trial — Provincial commission of inquiry into mining disaster — Commissioner empowered to compel testimony — Mine managers charged with criminal offences relating to disaster — Whether mine managers charged with criminal offences compellable witnesses at the provincial Inquiry — Whether proceeding with the Inquiry's hearings would breach principles of fundamental justice (s. 7) or right to fair trial (s. 11(d)) of the Charter — If so, whether a temporary stay of the public hearings is a just and appropriate remedy under s. 24(1) of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 13 — Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1989, c. 372, s. 5 — Coal Mines Regulation Act, R.S.N.S. 1989, c. 73, s. 67(e).

PHILLIPS V. NOVA SCOTIA (COMMISSION OF INQUIRY INTO THE WESTRAY MINE TRAGEDY), 97.

6. Charter of Rights — Right to counsel — Plea bargaining — Interrogation continuing despite assertion of right to lawyer — Plea bargain made in absence of lawyer — Deal involving accused's telling police where murder occurred and where to find

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

murder weapon — Deal significantly affecting rights and ultimately misunderstood by accused — Police leaving accused with understanding that he would be charged with second-degree murder with right to plead not guilty — Crown's offer requiring accused to plead guilty to second-degree murder — Accused telling third party of what he had told police — Murder weapon admitted as real evidence and third party testifying as to what accused told her — Whether breach of right to counsel — If so, whether gun, evidence of third party and other derivative evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

R. V. BURLINGHAM, 206.

7. Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Exigent circumstances — Admissibility of real evidence if search unlawful — Police entering house to protect real evidence while waiting for issuance of search warrant — Search conducted and evidence seized only after warrant issued — Whether or not search and seizure contrary to s. 8 of Charter — If so, whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2) — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 10, 12.

R. V. SILVEIRA, 297.

8. Charter of Rights — Freedom of expression — Provincial legislation providing that no person can practise as a public accountant in province unless that person is a member of provincial institute of chartered accountants — Whether legislation infringes s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Public Accounting and Auditing Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-28, s. 14(1).

WALKER V. PRINCE EDWARD ISLAND, 407.

9. Charter of Rights — Mobility rights — Right to gain livelihood in any province — Provincial legislation providing that no person can practise as a public accountant in province unless that person is a member of provincial institute of chartered accountants — Whether legislation infringes s. 6(2)(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Public Accounting and Auditing Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-28, s. 14(1).

WALKER V. PRINCE EDWARD ISLAND, 407.

10. Charter of Rights — Life, liberty and security of the person — Provincial legislation providing that no person can practise as a public accountant in province unless that person is a member of provincial institute of chartered accountants — Whether legislation infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Public Accounting and Auditing Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-28, s. 14(1).

WALKER V. PRINCE EDWARD ISLAND, 407.

11. Charter of Rights — Arbitrary detention or imprisonment — Random stopping of accused's vehicle by police — Trial judge

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

finding that random stopping of vehicle violated s. 9 of Canadian Charter of Rights and Freedoms and excluding evidence — Accused acquitted — Court of Appeal setting aside acquittals — Acquittals restored.

R. V. MONTOUR, 416.

12. Charter of Rights — Equality rights — Automobile insurance — Standard automobile policy prescribed by provincial legislation extending accident benefits to "spouse" of policy holder — Term "spouse" not including unmarried common law spouse — Whether limitation of benefits to married persons violates s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether violation justifiable under s. 1 of Charter — Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 218, ss. 231, 233, Schedule C.

MIRON V. TRUDEL, 418.

13. Charter of Rights — Enforcement — Appropriate remedy — Standard automobile insurance policy prescribed by provincial legislation extending accident benefits to "spouse" of policy holder — Term "spouse" not including unmarried common law spouse — Limitation of benefits to married persons violating s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Violation not justifiable under s. 1 of Charter — Whether Court should retroactively "read in" more inclusive definition of "spouse" under s. 24 of Charter.

MIRON V. TRUDEL, 418.

14. Charter of Rights — Equality rights — Old age security legislation providing for allowance for spouse of pensioner — Definition of "spouse" restricted to person of opposite sex — Whether definition of "spouse" infringes s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9, ss. 2, 19(1).

EGAN V. CANADA, 513.

15. Charter of Rights — Equality rights — Alimony — Income tax — Divorced wife refusing to include in computing income amounts received from ex-husband as alimony for maintenance of children — Whether tax provision requiring her to include amounts in income infringes s. 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether provision can be justified under s. 1 of Charter — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 56(1)(b).

THIBAUDEAU V. CANADA, 627.

16. Division of powers — Federal undertaking — Whether or not federal undertaking subject to provincial law.

ONTARIO V. CANADIAN PACIFIC LTD., 1028.

17. Fundamental justice — Vagueness — Use of reasonable hypotheticals — Overbreadth — Environmental protection law drafted in very broad terms — Whether or not law capable of

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

interpretation so as to allow for legal debate — Environmental Protection Act, R.S.O. 1980, c. 141, ss. 1(1)(c), (k), 13(1)(a) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

ONTARIO V. CANADIAN PACIFIC LTD., 1031.

18. Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Accused held in custody for twenty-two months pending trial — Five- to ten-month delay attributable to Crown — Whether accused's right to be tried within reasonable time infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. V. COLLINS; R. V. PELFREY, 1104.

19. Charter of Rights — Application — Libel and slander — Church of Scientology commencing criminal contempt proceedings against Crown attorney — Church's counsel and representatives holding press conference on courthouse steps — Counsel reading from and commenting on allegations in contempt motion — Contempt allegations subsequently found to be untrue — Crown attorney bringing action for damages in libel — Whether Crown attorney's action for damages "government action" — Whether Charter applies — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32(1).

HILL V. CHURCH OF SCIENTOLOGY OF TORONTO, 1130.

COURTS

1. Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Correct procedure for third party challenge of provincial court order not followed since unknown at time — Procedure followed by third party substantially similar to correct procedure — Whether Supreme Court has jurisdiction to entertain appeal.

R. V. PRIMEAU, 60.

2. Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Correct procedure for third party challenge of provincial court order not followed since unknown at time — Procedure followed by third party substantially similar to correct procedure — Whether Supreme Court has jurisdiction to entertain appeal.

R. V. JOBIN, 78.

CRIMINAL LAW

1. Procedure — Subpoenas — Third party — Accused subpoenaed to testify at preliminary inquiry of co-accused separately charged — Accused claiming that compellability in such circumstances violates principles of fundamental justice — Procedure to be followed by third party to challenge subpoena issued by provincial court judge.

R. V. PRIMEAU, 60.

CRIMINAL LAW—Continued

2. Procedure — Subpoenas — Third party — Accused separately charged with offence, and persons suspected of offence, subpoenaed to testify at preliminary inquiries of other accused charged with same offence — Accused and suspects claiming that compellability in such circumstances violates principles of fundamental justice — Procedure to be followed by third parties to challenge subpoenas issued by provincial court judge.

R. V. JOBIN, 78.

3. Powers of court of appeal — Evidence obtained in breach of constitutional right admitted at trial — If wrongly admitted, whether curative provisions of Criminal Code applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. V. BURLINGHAM, 206.

4. Trial — Evidence — Use to which evidence to be put — Propriety of certain questions on cross-examination and related comments in address to jury — Adequacy of charge to jury.

R. V. TANNER, 379.

5. Appeals — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Court of Appeal setting aside accused's conviction and ordering new trial — Crown appealing to Supreme Court as of right on basis of dissent on question of law — Accused applying for leave to appeal to Supreme Court — Accused's application based on constitutional and non-constitutional grounds — Whether accused's application should be quashed for want of jurisdiction — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 693(1)(a) — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1).

R. V. KEEGSTRA, 381.

6. Appeals — Supreme Court of Canada — Supreme Court's jurisdiction to hear arguments in criminal appeals — Difference for respondents between leave granted in criminal and in civil cases — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 674, 691, 693 — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40.

R. V. KEEGSTRA, 381.

7. Charge to jury — Trial judge in error in commenting to jury on failure of accused to call a witness — No substantial wrong or miscarriage of justice.

R. V. S. (G.), 411.

8. Sexual assault — Evidence — Conviction wrongly based on preferring evidence of complainant over evidence of accused rather than on whether evidence established guilt beyond a reasonable doubt.

R. V. M. (N.), 415.

CRIMINAL LAW—Concluded

9. Verdicts — Manslaughter — Trial judge correct in not leaving with jury manslaughter as available verdict.

R. v. WADE, 737.

10. Sexual assault — Defence of honest but mistaken belief in consent — Trial judge refusing to put defence to jury — Accused's conviction overturned on appeal — Whether there was evidence to lend defence an "air of reality" — Nature and proper application of "air of reality" test — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 265(4).

R. v. PARK, 836.

11. Sexual assault — Evidence — Admissibility — Statements making reference, some only incidentally, to previous sexual activity — Counsel wishing to cross-examine on inconsistent statements made to police and on preliminary hearing to test credibility — Whether or not Criminal Code (s. 276) bar to admitting statements making reference to previous sexual activity applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 276.

R. v. CROSBY, 912.

12. Duress — Parties to offences — Attempted murder — Charge to jury — Accused testifying that principal offender would have killed him if he had refused to cooperate — Trial judge instructing jury that *mens rea* for parties to offence could be negated by duress and that common law defence of duress was unavailable if safe avenue of escape was open to accused — Whether trial judge properly instructed jury on law of duress.

R. v. HIBBERT, 973.

13. Parties to offences — *Mens rea* — Duress — Whether duress negates *mens rea* for parties to offence under ss. 21(1)(b) and 21(2) of Criminal Code — Meaning of "purpose" in s. 21(1)(b) and of "intention in common" in s. 21(2) — Whether interpretation of s. 21(2)'s mental element adopted in *Paquette* correct — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 21(1)(b), 21(2).

R. v. HIBBERT, 973.

14. Defences — Duress — Safe avenue of escape — Whether availability of common law defence of duress limited by "safe avenue of escape" rule — If so, whether existence of safe avenue of escape to be determined objectively or subjectively.

R. v. HIBBERT, 973.

15. Sentencing — Trial judge ordering half of sentence to be served before parole eligibility — Whether or not order subject to review by Court of Appeal — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 673, 674, 675(1)(b), 741.2.

R. v. CHAISSON, 1118.

EVIDENCE

Recent fabrication — Prior consistent statements — Sexual offences — Accused alleging that complainant's testimony was of recent fabrication — Testimony of social worker and doctor admissible to rebut accused's allegation of recent fabrication — Social worker's report admitted into evidence not improperly used by trial judge — Accused properly convicted.

R. v. B. (A.J.), 413.

INCOME TAX

International taxation — Withholding tax — Residency — Canada-U.S. tax treaty — Bahamian company operating in U.S. renting equipment to associated company in Canada — Whether or not company resident in U.S. so as to benefit from lower withholding tax — Canada-United States Tax Convention Act, 1984, S.C. 1984, c. 20, Schedule I (Convention between Canada and the United States of America with respect to Taxes on Income and on Capital (Canada-United States Income Tax Convention (1980)), Preamble, Articles I, IV, XII).

CROWN FOREST INDUSTRIES LTD. v. CANADA, 802.

JUDICIAL REVIEW

1. Standard of review — Canadian Radio-television and Telecommunications Commission — Standard of review applicable to CRTC decision — Conflict between CRTC decision and that of labour arbitration board — Whether Federal Court of Appeal justified in interfering with CRTC decision.

BRITISH COLUMBIA TELEPHONE CO. v. SHAW CABLE SYSTEMS (B.C.) LTD., 739.

2. Conflicting decisions of two administrative tribunals — Whether compliance with CRTC decision resulting in violation of labour arbitration decision — If so, which of the two conflicting decisions should take precedence.

BRITISH COLUMBIA TELEPHONE CO. v. SHAW CABLE SYSTEMS (B.C.) LTD., 739.

LABOUR LAW

1. Labour relations — Courts — Jurisdiction — Employer suspending employee for abusing sick leave benefits — Employee filing grievance alleging that employer's hiring of private investigators violated collective agreement — Employee also commencing court action based on tort and breach of rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms — Motions judge striking out court action — Court of Appeal allowing Charter claims to stand — Whether courts' jurisdiction over claims ousted by binding

LABOUR LAW—Concluded

arbitration provision — Ontario Labour Relations Act, R.S.O. 1990, c. L.2, s. 45(1).

WEBER V. ONTARIO HYDRO, 929.

2. Labour relations — Courts — Jurisdiction — Employee allegedly driving employer's leased vehicle with flat tire — Employer bringing action against employee for cost of repairs — Whether courts lacking jurisdiction to entertain claim in view of arbitrator's exclusive jurisdiction over disputes arising out of collective agreement — Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, s. 92(1).

NEW BRUNSWICK V. O'LEARY, 967.

3. Labour relations — Arbitrator — Jurisdiction — Employee dismissed for absences due to alcoholism — Employee's successful alcohol treatment undergone after dismissal relied upon by arbitrator to annul dismissal — Whether arbitrator could in ruling on dismissal grievance consider evidence concerning events which occurred after employer's decision to dismiss employee.

CIE MINÈRE QUÉBEC CARTIER V. QUÉBEC (GRIEVANCES ARBITRATOR), 1095.

LIBEL AND SLANDER

1. Common law of defamation — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether common law of defamation complies with values underlying Charter — Whether "actual malice" rule should be adopted.

HILL V. CHURCH OF SCIENTOLOGY OF TORONTO, 1130.

2. Defences — Qualified privilege — Church of Scientology commencing criminal contempt proceedings against Crown attorney — Church's counsel and representatives holding press conference on courthouse steps — Counsel reading from and commenting on allegations in contempt motion — Contempt allegations

LIBEL AND SLANDER—Concluded

subsequently found to be untrue — Crown attorney bringing action for damages in libel — Whether defence of qualified privilege available.

HILL V. CHURCH OF SCIENTOLOGY OF TORONTO, 1130.

3. Damages — General damages — Aggravated damages — Punitive damages — Church of Scientology commencing criminal contempt proceedings against Crown attorney — Church's counsel and representatives holding press conference on courthouse steps — Counsel reading from and commenting on allegations in contempt motion — Contempt allegations subsequently found to be untrue — Crown attorney bringing action for damages in libel — Counsel and Church found jointly liable for general damages — Church found liable for aggravated and punitive damages — Whether cap should be imposed on general damages in defamation cases — Whether damage awards should stand.

HILL V. CHURCH OF SCIENTOLOGY OF TORONTO, 1130.

WILLS

Validity — Undue influence — Suspicious circumstances — Testator leaving bulk of estate to unrelated friend — Family members contesting will, alleging undue influence — Will admitted into probate — Whether trial judge erred in application of doctrine of suspicious circumstances.

VOUT V. HAY, 876.

INDEX

CONTRÔLE JUDICIAIRE

1. Norme de contrôle — Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes — Norme de contrôle applicable à une décision du CRTC — Conflit entre une décision du CRTC et celle d'un conseil d'arbitrage — La Cour d'appel fédérale était-elle justifiée d'intervenir dans la décision du CRTC?

BRITISH COLUMBIA TELEPHONE CO. C. SHAW CABLE SYSTEMS (B.C.) LTD., 739.

2. Décisions contradictoires de deux tribunaux administratifs — Le respect de la décision du CRTC entraîne-t-il la violation de la décision du conseil d'arbitrage? — Dans l'affirmative, laquelle des deux décisions contradictoires doit prévaloir?

BRITISH COLUMBIA TELEPHONE CO. C. SHAW CABLE SYSTEMS (B.C.) LTD., 739.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Audi alteram partem — Omission de donner avis — Décision du CRTC déterminant qui pouvait effectuer les travaux d'installation sur les structures de soutènement de la compagnie de téléphone — Droits des employés de la compagnie de téléphone compromis par la décision du CRTC — Le CRTC a-t-il excédé sa compétence en omettant d'aviser le syndicat de la tenue de son audience? — Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications, L.R.C. (1985), ch. N-20, art. 66, 72, 74.

TELECOMMUNICATIONS WORKERS UNION C. CANADA (CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS), 781.

2. Législation déléguée — Validité — Milk Board percevant des droits sur la production laitière conformément à des ordonnances de contingentement de la production laitière — Milk Board investi de pouvoirs provinciaux et de pouvoirs fédéraux délégués — Ordonnances ne précisant pas la source du pouvoir exercé — Les ordonnances étaient-elles invalides?

COLOMBIE-BRITANNIQUE (MILK BOARD) C. GRISNICH, 895.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Droit de garder le silence — Enquête par une commission des valeurs mobilières — Dirigeants d'une société enjoins de

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

témoigner sous serment et de produire des documents conformément à l'art. 128(1) de la Securities Act — L'article 128(1) porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Securities Act, S.B.C. 1985, ch. 83, art. 128(1).

BRITISH COLUMBIA SECURITIES COMMISSION C. BRANCH, 3.

2. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Enquête par une commission des valeurs mobilières — Dirigeants d'une société enjoins de produire des documents conformément à l'art. 128(1) de la Securities Act — L'article 128(1) porte-t-il atteinte à l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Securities Act, S.B.C. 1985, ch. 83, art. 128(1).

BRITISH COLUMBIA SECURITIES COMMISSION C. BRANCH, 3.

3. Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Droit de garder le silence — Une personne accusée séparément d'une infraction est-elle un témoin contraignable à l'enquête préliminaire d'une autre personne accusée de la même infraction? — La contraignabilité en pareilles circonstances viole-t-elle les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. C. PRIMEAU, 60.

4. Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Droit de garder le silence — Les personnes accusées séparément d'une infraction et les personnes soupçonnées d'une infraction sont-elles des témoins contraignables à l'enquête préliminaire ou au procès criminel d'autres personnes accusées de la même infraction? — La contraignabilité en pareilles circonstances viole-t-elle les principes de justice fondamentale? — L'article 5 de la Loi sur la preuve au Canada est-il constitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5.

R. C. JOBIN, 78.

5. Charte des droits — Justice fondamentale — Droit à un procès équitable — Commission d'enquête provinciale sur une tragédie minière — Commissaire habilité à contraindre des personnes à témoigner — Directeurs de la mine accusés d'infractions criminelles relativement à la tragédie — Les directeurs de la mine accusés d'infractions criminelles peuvent-ils être contraints à témoigner à l'enquête provinciale? — La tenue des audiences de l'enquête violerait-elle les principes de justice fondamentale (art. 7) ou le droit à un procès équitable (art. 11d)) garantis par la Charte? — Dans l'affirmative, la suspension temporaire des audiences publiques est-elle une réparation juste et convenable au sens de

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

l'art. 24(1) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d), 13 — Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1989, ch. 372, art. 5 — Coal Mines Regulation Act, R.S.N.S. 1989, ch. 73, art. 67e).

PHILLIPS C. NOUVELLE-ÉCOSSE (COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA TRAGÉDIE DE LA MINE WESTRAY), 97.

6. Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Négociation d'un plaidoyer — Interrogatoire poursuivi malgré une revendication du droit à l'assistance d'un avocat — Négociation d'un plaidoyer en l'absence de l'avocat — Suivant l'offre, l'accusé devait indiquer à la police l'endroit où le meurtre avait été commis et où se trouvait l'arme du crime — Offre compromettant sérieusement des droits et finalement mal interprétée par l'accusé — Police laissant croire à l'accusé qu'il serait inculpé de meurtre au deuxième degré et pourrait plaider non coupable — Suivant l'offre du ministère public, l'accusé devait plaider coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré — Accusé racontant à une tierce personne ce qu'il avait dit à la police — Arme du crime admise à titre de preuve matérielle et tierce personne témoignant quant à ce que l'accusé lui a raconté — Y a-t-il eu atteinte au droit à l'assistance d'un avocat? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'exclure l'arme à feu, le témoignage de la tierce personne et les autres éléments de preuve dérivée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

R. C. BURLINGHAM, 206.

7. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Situation d'urgence — Admissibilité de la preuve matérielle en cas de fouille ou de perquisition illicite — Entrée de la police dans une maison pour préserver la preuve matérielle en attendant la délivrance d'un mandat de perquisition — Perquisition effectuée et éléments de preuve saisis seulement après la délivrance du mandat — La fouille, la perquisition et la saisie étaient-elles contraires à l'art. 8 de la Charte? — Dans l'affirmative, l'utilisation des éléments de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2) — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 10, 12.

R. C. SILVEIRA, 297.

8. Charte des droits — Liberté d'expression — Disposition législative provinciale prévoyant que nul ne peut exercer la profession d'expert-comptable dans la province à moins d'être membre de l'institut provincial des comptables agréés — Cette disposition porte-t-elle atteinte à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Public Accounting and Auditing Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-28, art. 14(1).

WALKER C. ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD, 407.

9. Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Droit de gagner sa vie dans toute province — Disposition législative provinciale prévoyant que nul ne peut exercer la profession d'expert-comptable dans la province à moins

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

d'être membre de l'institut provincial des comptables agréés — Cette disposition porte-t-elle atteinte à l'art. 6(2)b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Public Accounting and Auditing Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-28, art. 14(1).

WALKER C. ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD, 407.

10. Charte des droits — Vie, liberté et sécurité de la personne — Disposition législative provinciale prévoyant que nul ne peut exercer la profession d'expert-comptable dans la province à moins d'être membre de l'institut provincial des comptables agréés — Cette disposition porte-t-elle atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Public Accounting and Auditing Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-28, art. 14(1).

WALKER C. ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD, 407.

11. Charte des droits — Détention ou emprisonnement arbitraire — Interception au hasard du véhicule des accusés par la police — Conclusion par le juge du procès que l'interception au hasard du véhicule violait l'art. 9 de la Charte canadienne des droits et libertés et exclusion de la preuve — Accusés acquittés — Rejet des acquittements par la Cour d'appel — Acquittements rétablis.

R. C. MONTOUR, 416.

12. Charte des droits — Droits à l'égalité — Assurance-automobile — Police automobile type établie sous le régime d'une loi provinciale qui étend au «conjoint» du souscripteur les indemnités d'assurance en cas d'accident — Le terme «conjoint» n'inclut pas les conjoints de fait — La restriction des indemnités aux seules personnes mariées viole-t-elle l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation peut-elle se justifier en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi sur les assurances, L.R.O. 1980, ch. 218, art. 231, 233, Annexe C.

MIRON C. TRUDEL, 418.

13. Charte des droits — Exécution — Réparation appropriée — Police automobile type établie sous le régime d'une loi provinciale qui étend au «conjoint» du souscripteur les indemnités d'assurance en cas d'accident — Le terme «conjoint» n'inclut pas les conjoints de fait — Restriction des indemnités aux seules personnes mariées en contravention de l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Violation non justifiable au regard de l'article premier de la Charte — La Cour devrait-elle, par «interprétation large» rétroactive donner une définition plus étendue au «conjoint», en vertu de l'art. 24 de la Charte?

MIRON C. TRUDEL, 418.

14. Charte des droits — Droits à l'égalité — Loi sur la sécurité de la vieillesse prévoyant le versement d'une allocation au conjoint du pensionné — Définition de «conjoint» restreinte aux personnes de sexe opposé — La définition de «conjoint» viole-t-elle l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée au regard de l'article

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

premier de la Charte? — Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 2, 19(1).

EGAN C. CANADA, 513.

15. Charte des droits — Droit à l'égalité — Pension alimentaire — Impôt sur le revenu — Épouse divorcée refusant d'inclure dans le calcul de son revenu les sommes reçues de son ex-époux à titre de pension alimentaire pour subvenir aux besoins des enfants — La disposition en matière fiscale qui l'oblige à inclure ces sommes dans son revenu porte-t-elle atteinte à l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette disposition est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(1)b).

THIBAudeau C. CANADA, 627.

16. Partage des pouvoirs — Entreprise fédérale — Une entreprise fédérale est-elle assujettie à la loi provinciale?

ONTARIO C. CANADIEN PACIFIQUE LTÉE, 1028.

17. Justice fondamentale — Imprécision — Utilisation d'hypothèses raisonnables — Portée excessive — Loi sur la protection de l'environnement rédigée en termes très généraux — La loi peut-elle être interprétée de manière à donner lieu à un débat judiciaire? — Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. 1980, ch. 141, art. 1(1)c), k), 13(1)a) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

ONTARIO C. CANADIEN PACIFIQUE LTÉE, 1031.

18. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Accusés détenus pendant vingt-deux mois en attendant leur procès — Délai de cinq à dix mois attribuable au ministère public — Y a-t-il eu atteinte au droit des accusés d'être jugés dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. C. COLLINS; R. C. PELFREY, 1104.

19. Charte des droits — Application — Libelle et diffamation — L'Église de scientologie institue une procédure pour outrage au criminel contre un substitut du procureur général — L'avocat et des représentants de l'Église tiennent une conférence de presse devant le palais de justice — L'avocat lit et commente des allégations contenues dans la requête pour outrage — Les allégations d'outrage se révèlent fausses par la suite — Le substitut du procureur général intente une action en dommages-intérêts pour libelle — L'action du substitut du procureur général en dommages-intérêts est-elle une «action gouvernementale»? — La Charte s'applique-t-elle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32(1).

HILL C. ÉGLISE DE SCIENTOLOGIE DE TORONTO, 1130.

DROIT CRIMINEL

1. Procédure — Assignations — Tierce partie — Personne accusée assignée à témoigner à l'enquête préliminaire d'un coaccusé inculpé séparément — Prétention de l'accusé que la contraignabilité en pareilles circonstances viole les principes de justice fondamentale — Procédure devant être suivie par une tierce partie pour contester l'assignation délivrée par un juge de cour provinciale.

R. C. PRIMEAU, 60.

2. Procédure — Assignations — Tierce partie — Personnes accusées séparément d'une infraction et personnes soupçonnées d'une infraction assignées à témoigner à l'enquête préliminaire d'autres personnes accusées de la même infraction — Prétention des accusés et des suspects que la contraignabilité en pareilles circonstances viole les principes de justice fondamentale — Procédure devant être suivie par des tierces parties pour contester les assignations délivrées par un juge de cour provinciale.

R. C. JOBIN, 78.

3. Pouvoirs d'une cour d'appel — Admission au procès d'une preuve obtenue en violation d'un droit constitutionnel — Si cette preuve a été admise à tort, les dispositions réparatrices du Code criminel sont-elles applicables? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. C. BURLINGHAM, 206.

4. Procès — Preuve — Utilisation devant être faite d'éléments de preuve — Opportunité de certaines questions posées en contre-interrogatoire et d'observations connexes dans l'exposé au jury — Justesse des directives au jury.

R. C. TANNER, 379.

5. Appels — Cour suprême du Canada — Compétence — Annulation par la Cour d'appel de la déclaration de culpabilité de l'accusé et nouveau procès ordonné — Pourvoi de plein droit du ministère public devant la Cour suprême fondé sur une dissidence relative à une question de droit — Demande de l'accusé visant à obtenir l'autorisation de se pourvoir devant la Cour suprême — Demande de l'accusé fondée sur des moyens constitutionnels et non constitutionnels — La demande de l'accusé devrait-elle être annulée pour défaut de compétence? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 693(1)a) — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1).

R. C. KEEGSTRA, 381.

6. Appels — Cour suprême du Canada — Compétence de la Cour suprême pour entendre des arguments dans les pourvois en matière criminelle — Différence pour les parties intimées entre l'autorisation accordée en matière criminelle et celle accordée en matière civile — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 674, 691, 693 — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40.

R. C. KEEGSTRA, 381.

DROIT CRIMINEL—Suite

7. Exposé au jury — Erreur commise par le juge du procès lorsqu'il a fait des remarques au jury sur le fait que l'accusé n'a pas assigné un certain témoin — Aucun tort important ni erreur judiciaire grave.

R. C. S. (G.), 411.

8. Agression sexuelle — Preuve — Déclaration de culpabilité fondée à tort sur la préférence de la preuve de la plaignante à celle de l'accusé, plutôt que sur la question de savoir si la preuve établissait la culpabilité hors de tout doute raisonnable.

R. C. M. (N.), 415.

9. Verdicts — Homicide involontaire coupable — Aucune erreur commise par le juge du procès en ne laissant pas au jury la possibilité de rendre un verdict d'homicide involontaire.

R. C. WADE, 737.

10. Agression sexuelle — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Refus du juge du procès de soumettre le moyen de défense à l'appréciation du jury — Déclaration de culpabilité de l'accusé infirmée en appel — Y a-t-il une preuve qui confère une «vraisemblance» au moyen de défense? — Nature du test de la «vraisemblance» et façon dont il convient de l'appliquer — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(4).

R. C. PARK, 836.

11. Agression sexuelle — Preuve — Admissibilité — Déclarations faisant allusion, certaines de façon incidente seulement, à une activité sexuelle antérieure — Contre-interrogatoire sur les déclarations contradictoires faites à la police et à l'enquête préliminaire demandé par l'avocat pour apprécier la crédibilité — La disposition du Code criminel (art. 276) qui rend inadmissibles les déclarations faisant mention d'une activité sexuelle antérieure est-elle applicable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276.

R. C. CROSBY, 912.

12. Contrainte — Participants à des infractions — Tentative de meurtre — Exposé au jury — Témoignage de l'accusé suivant lequel l'auteur principal de l'infraction l'aurait tué s'il avait refusé de collaborer — Directives du juge du procès au jury voulant que la contrainte puisse annuler la *mens rea* des participants à une infraction et que l'accusé ne puisse invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte si un moyen de s'en sortir sans danger s'offrait à lui — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives appropriées sur le droit en matière de contrainte?

R. C. HIBBERT, 973.

13. Participants à des infractions — *Mens rea* — Contrainte — La contrainte annule-t-elle la *mens rea* des participants à une infraction au sens des art. 21(1)b) et 21(2) du Code criminel? — Sens du mot «*purpose*» à l'art. 21(1)b) et de l'expression «*intention commune*» à l'art. 21(2) — L'interprétation que donne l'arrêt

DROIT CRIMINEL—Fin

Paquette de l'élément moral visé à l'art. 21(2) est-elle exacte? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21(1)b), 21(2).

R. C. HIBBERT, 973.

14. Moyens de défense — Contrainte — Moyen de s'en sortir sans danger — La possibilité d'invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte est-elle restreinte par la règle du «moyen de s'en sortir sans danger»? — Dans l'affirmative, l'existence d'un moyen de s'en sortir sans danger doit-elle être déterminée objectivement ou subjectivement?

R. C. HIBBERT, 973.

15. Détermination de la peine — Ordonnance du juge du procès statuant que la moitié de la peine soit purgée avant l'admissibilité à une libération conditionnelle — L'ordonnance était-elle susceptible de révision par la Cour d'appel — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 673, 674, 675(1)b), 741.2.

R. C. CHAISSON, 1118.

DROIT DU TRAVAIL

1. Relations du travail — Tribunaux — Compétence — Suspension d'un employé par un employeur pour avoir abusé de ses congés de maladie — Dépôt par l'employé d'un grief alléguant que l'embauche de détectives privés par l'employeur violait la convention collective — Action en justice fondée sur la responsabilité délictuelle et la violation des droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés également intentée par l'employé — Action en justice radiée par le juge des requêtes — Demandes fondées sur la Charte admises par la Cour d'appel — Les tribunaux sont-ils dépossédés de leur compétence à l'égard des demandes en raison de la clause qui prévoit l'arbitrage exécutoire? — Loi sur les relations de travail de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. L.2, art. 45(1).

WEBER C. ONTARIO HYDRO, 929.

2. Relations du travail — Tribunaux — Compétence — Allégation qu'un employé aurait conduit un véhicule loué par l'employeur alors qu'un pneu était crevé — Action intentée par l'employeur contre l'employé pour le coût des réparations — Les tribunaux sont-ils privés de la compétence pour connaître de la demande étant donné la compétence exclusive de l'arbitre dans le cas de litiges relevant d'une convention collective? — Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, art. 92(1).

NOUVEAU-BRUNSWICK C. O'LEARY, 967.

3. Relations de travail — Arbitre — Compétence — Employé congédié pour cause d'absentéisme dû à l'alcoolisme — Arbitre annulant le congédiement en s'appuyant sur la réussite de la cure de désintoxication suivie par l'employé après avoir été congédié — L'arbitre qui statue sur un grief relatif au congédiement d'un

DROIT DU TRAVAIL—Fin

employé peut-il considérer la preuve d'événements survenus après le congédiement?

CIE MINIÈRE QUÉBEC CARTIER C. QUÉBEC (ARBITRE DES GRIEFS), 1095.

IMPÔT SUR LE REVENU

Imposition internationale — Retenue d'impôt — Résidence — Traité Canada-États-Unis en matière d'impôts — Compagnie bahaméenne louant à partir des États-Unis de l'équipement à une compagnie associée exploitée au Canada — La compagnie est-elle résidente des États-Unis de manière à bénéficier d'une retenue d'impôt moindre? — Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts, S.C. 1984, ch. 20, annexe I (Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune (Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts (1980)), préambule, articles I, IV, XII).

CROWN FOREST INDUSTRIES LTD. C. CANADA, 802.

LIBELLE ET DIFFAMATION

1. Common law de la diffamation — Charte canadienne des droits et libertés — La common law de la diffamation est-elle conforme aux valeurs de la Charte? — Faut-il adopter la règle de la «malveillance véritable»?

HILL C. ÉGLISE DE SCIENTOLOGIE DE TORONTO, 1130.

2. Moyens de défense — Immunité relative — L'Église de scientologie institue une procédure pour outrage au criminel contre un substitut du procureur général — L'avocat et des représentants de l'Église tiennent une conférence de presse devant le palais de justice — L'avocat lit et commente des allégations contenues dans la requête pour outrage — Les allégations d'outrage se révèlent fausses par la suite — Le substitut du procureur général intente une action en dommages-intérêts pour libelle — La défense de l'immunité relative peut-elle être invoquée?

HILL C. ÉGLISE DE SCIENTOLOGIE DE TORONTO, 1130.

3. Dommages-intérêts — Dommages-intérêts généraux — Dommages-intérêts majorés — Dommages-intérêts punitifs — L'Église de scientologie institue une procédure pour outrage au criminel contre un substitut du procureur général — L'avocat et des représentants de l'Église tiennent une conférence de presse devant le palais de justice — L'avocat lit et commente des allégations contenues dans la requête pour outrage — Les allégations d'outrage se révèlent fausses par la suite — Le substitut du procureur général intente une action en dommages-intérêts pour libelle — L'avocat et l'Église sont condamnés solidairement à des dommages-intérêts généraux — L'Église est condamnée à des dommages-intérêts majorés et punitifs — Faut-il imposer un plafond

LIBELLE ET DIFFAMATION—Fin

aux dommages-intérêts généraux dans les affaires de diffamation? — Les montants adjugés à titre de dommages-intérêts doivent-ils être maintenus?

HILL C. ÉGLISE DE SCIENTOLOGIE DE TORONTO, 1130.

PREUVE

Fabrication récente — Déclarations compatibles antérieures — Infractions d'ordre sexuel — Allégation de l'accusé voulant que le témoignage de la plaignante fût de fabrication récente — Témoignage du travailleur social et du médecin admissible pour réfuter l'allégation de fabrication récente de l'accusé — Juge du procès n'ayant pas mal utilisé le rapport du travailleur social admis en preuve — Accusé déclaré coupable à bon droit.

R. C. B. (A.J.), 413.

TESTAMENTS

Validité — Abus d'influence — Circonstances suspectes — Testateur léguant la majeure partie de ses biens à une amie n'ayant aucun lien de parenté avec lui — Contestation du testament par des membres de la famille qui allèguent l'existence d'un abus d'influence — Délivrance des lettres d'homologation du testament — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en appliquant la règle des circonstances suspectes?

VOUT C. HAY, 876.

TRIBUNAUX

1. Cour suprême du Canada — Compétence — Procédure applicable à la contestation d'une ordonnance de cour provinciale par une tierce partie non suivie parce qu'inconnue à l'époque — Procédure suivie par la tierce partie essentiellement similaire à celle qui devait être suivie — La Cour suprême a-t-elle compétence pour entendre l'appel?

R. C. PRIMEAU, 60.

2. Cour suprême du Canada — Compétence — Procédure applicable à la contestation d'une ordonnance de cour provinciale par une tierce partie non suivie parce qu'inconnue à l'époque — Procédure suivie par la tierce partie essentiellement similaire à celle qui devait être suivie — La Cour suprême a-t-elle compétence pour entendre l'appel?

R. C. JOBIN, 78.

VENTES CONDITIONNELLES

Baux — Options d'achat — Locataire ayant l'option d'acheter des hélicoptères à leur juste valeur marchande raisonnable à l'expiration du bail — Baux non enregistrés en vertu de la Conditional Sales Act — Séquestre des biens nommé par le créancier garanti après que le locataire eut manqué à ses engagements aux termes d'un prêt — Bailleur réclamant le droit de reprendre possession des hélicoptères conformément aux baux — Les baux étaient-ils des contrats de vente conditionnelle? — Les baux devaient-ils être enregistrés en vertu de la Loi? — Conditional Sales Act, R.S.N.S. 1989, ch. 84, art. 2(1)b(ii).

MITSUI & CO. (CANADA) LTD. C. BANQUE ROYALE DU CANADA, 187.

MAIL  POSTE

Canada Post Corporation / Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

Lettermail

Poste-lettre

**8801320
OTTAWA**

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

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